

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID**  
**FACULTAD DE DERECHO**



**TESIS DOCTORAL**

**Filosofía analítica y teoría del derecho en H.L.A. Hart**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR  
PRESENTADA POR

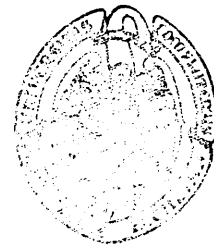
**Juan Ramón de Páramo Argüelles**

**Madrid, 2015**



5311772775

"FILOSOFIA ANALITICA Y TEORIA  
DEL DERECHO EN H.L.A. HART"



BIBLIOTECA  
DE DERECHO

Juan Ramón DE PARAMO ARGUELLES  
Universidad Complutense de Madrid  
Facultad de Derecho  
Madrid.- 1982



**FACULTAD DE DERECHO**  
Biblioteca

Ej. Consulta en Sala  
Excluido de préstamo  
(201)

X-53-335262-1

Lo que por cierto más se necesita para que los hombres tengan una visión clara al enfrentar el abuso oficial del poder, es que conserven la idea de que al certificar que algo es jurídicamente válido no resolvemos en forma definitiva la cuestión de si se le debe obediencia, y que por grande que sea - el halo de majestad o de autoridad que el sistema oficial pueda poseer, sus exigencias en definitiva, tienen que ser sometidas a un examen moral. Esta idea de que fuera del sistema oficial hay algo que, en última instancia, deberá proporcionar al individuo el criterio para resolver sus problemas de obediencia, en más probable, por cierto, que permanezca viva entre quienes están acostumbrados a pensar que las reglas jurídicas pueden ser inicuas, que entre quienes piensan que en ningún caso algo inicuo puede tener status de derecho.

H.L.A. Hart.-



# INDICE

	Pág
INTRODUCCION.....	I
A.- <u>METODOLOGIA</u> .....	1
A.1.- <u>Filosofía analítica del lenguaje</u> .....	1
A.1.1. Introducción: precedentes jurídicos y filosóficos.....	1
A.1.1.1. Precedentes en el ámbito jurídico.....	1
A.1.1.1.1. Análisis del lenguaje y del Derecho.....	1
A.1.1.1.2. J.Austin como precedente de la filosofía analítica.....	5
A.1.1.2. Precedentes en el ámbito filosófico.....	10
A.1.1.2.1. La Filosofía del lenguaje ordinario, o la filosofía de la Escuela de Oxford.....	10
A.1.1.2.1.1. Introducción.....	10
A.1.1.2.1.2. Análisis del lenguaje en el "segundo Wittgenstein".....	11
A.1.1.2.2. Tesis principales de Ryle y Austin.....	20
A.1.2. Análisis del lenguaje en Hart.....	36
A.1.2.1. Introducción.....	36
A.1.2.2. Lenguaje jurídico y lenguaje ordinario. Niveles semánticos del lenguaje en Hart.....	40
A.1.2.3. Formalismo y excepticismo ante las reglas jurídicas: Scylla y Caribdis de la Ciencia Jurídica.....	50
A.1.2.3.1. Introducción.....	50
A.1.2.3.2. La textura abierta del lenguaje jurídico. Crítica del formalismo jurídico.....	52
A.1.2.3.3. Escepticismo ante las reglas. Crítica.....	62
A.1.2.4. Definición y Teoría en la Ciencia del Derecho: problemas metodológicos.....	69

	Pág.
A.2. <u>Filosofía analítica de la acción</u> .....	83
A.2.1. Introducción.....	83
A.2.2. Filosofía analítica de la acción como filosofía del lenguaje: Hart y el lenguaje de la acción.....	89
A.2.3. Filosofía y teoría de la causa.....	110
A.2.4. Valoración crítica: filosofía del lenguaje jurídico y de la - acción en Hart.....	119
A.3. <u>Filosofía y Metodología de las Ciencias Sociales</u> .....	129
A.3.1. Introducción. Tradición galileana y aristotélica.....	129
A.3.2. Descripción y explicación de los fenómenos sociales como ex- plicación y comprensión de sus reglas internas.....	135
A.3.3. El discurso interno como método de descripción social, Hart y la ruptura del monismo metodológico anglosajón.....	145
A.4. <u>Metodología Jurídica</u> .....	155
A.4.1. Positivismo jurídico inglés y Teoría analítica del Derecho..	155
A.4.1.1. Introducción.....	155
A.4.1.2. Hobbes.....	158
A.4.1.2.1. Introducción, Iusnaturalismo y Positivismos.....	158
A.4.1.2.2. El Formalismo en la definición del Derecho.....	165
A.4.1.2.3. La teoría coactiva del Derecho.....	167
A.4.1.2.4. La teoría de las fuentes: supremacía de la ley.....	169
A.4.1.2.5. La concepción del Derecho como mandato. Imperativis- mo y Voluntarismo.....	172
A.4.1.2.6. La teoría jurídico-descriptiva de la soberanía.....	175
A.4.1.2.7. Teoría de la obligación. Concepción legalista-forma- lista de la justicia.....	178
A.4.1.3. Bentham.....	181
A.4.1.3.1. Introducción.....	181

	Pág.
A.4.1.3.2. Separación Es/Debe en el Derecho. Jurista expositor y jurista censor. Derecho y Moral.....	185
A.4.1.3.3. Teoría imperativa del Derecho. Clases de normas. Lógica deontica.....	189
A.4.1.3.4. Plenitud del Ordenamiento Jurídico.....	193
A.4.1.3.5. Teoría de la soberanía .....	197
A.4.1.4. Austin.....	202
A.4.1.4.1. Introducción.....	202
A.4.1.4.2. Concepto de soberanía.....	209
A.4.1.4.3. Concepto de Derecho.....	212
A.4.1.4.3.1. Teoría del Ordenamiento Jurídico. Criterios de exis- tencia.....	212
A.4.1.4.3.2. Teoría del Ordenamiento Jurídicos. Criterios de - identidad.....	213
A.4.1.4.3.3. Teoría del Ordenamiento Jurídico. Estructura.....	216
A.4.1.4.4. Derecho como mandato. Teoría imperativa del Derecho..	217
A.4.1.4.5. Conclusión.....	220
A.4.2. Kelsen y el Normativismo.....	221
A.4.2.1. Introducción.....	221
A.4.2.2. Crítica de la expresión de Kelsen: "Reglas de Derecho en un sentido descriptivo".....	223
A.4.2.3. Crítica de la definición de "acto antijurídico".....	233
A.4.2.4. Relación entre el Derecho y la Moral.....	236
A.4.2.5. Tesis de la coherencia lógica de las normas que se refie- ren a sí mismas y su discusión con Kelsen (problema de la autorreferencia).....	241
A.4.2.6. Teoría de la Unidad del Derecho.....	244
A.4.2.6.1. Introducción.....	244

	Pág.
A.4.2.6.2. La Unidad del Derecho Internacional y del Derecho Nacional.....	246
A.4.2.6.2.1. Teorías monistas y pluralistas.....	246
A.4.2.6.2.2. Relaciones de Complementación.....	247
A.4.2.6.2.3. Relaciones de validez.....	249
A.4.2.6.2.4. Crítica de la unidad conceptual del Derecho Internacional y Nacional.....	252
A.4.2.6.3. Teoría de la no contradicción.....	253
A.4.2.6.3.1. Los conflictos como la imposibilidad lógica de la conformidad simultánea.....	253
A.4.2.6.3.2. Conflicto e Inconsistencia lógica.....	255
A.4.2.6.3.3. La "versión débil" de la teoría de la no contradicción.....	258
A.4.2.6.4. Los criterios de pertenencia de un Ordenamiento Jurídico.....	259
A.4.2.6.4.1. Introducción.....	259
A.4.2.6.4.2. Reconocimiento y Relación de Validación.....	260
A.4.2.6.4.3. Individuación de normas.....	261
A.4.2.6.4.4. La Norma Fundamental como criterio de pertenencia.....	262
A.4.2.6.4.5. Problemas de Reconocimiento.....	263
A.4.3. Hart y el Realismo jurídico norteamericano.....	264
A.4.3.1. Introducción.....	264
A.4.3.2. Tesis centrales.....	267
A.4.3.2.1. Separación entre el Derecho y la Moral.....	268
A.4.3.2.2. La Falacia del silogismo lógico en la argumentación judicial.....	270
A.4.3.2.3. La Teoría Predictiva.....	273

	Pág.
A.4.4. El Realismo Jurídico Escandinavo.....	277
A.4.4.1. Introducción.....	277
A.4.4.2. Polémica en torno a la coherencia lógica de las normas que se refieren a sí mismas.....	280
A.4.5. Conclusión.....	291
 B.- <u>TEORIA DEL DERECHO</u> .....	295
B.1. <u>Estructura del Ordenamiento Jurídico</u> .....	295
B.1.1. Exposición y crítica del concepto de Derecho como conjunto de órdenes coercitivos.....	295
B.1.1.1. Introducción.....	295
B.1.1.2. Formas imperativas del lenguaje.....	295
B.1.1.3. El Derecho como órdenes coercitivos.....	297
B.1.1.4. Crítica de la concepción de las normas como órdenes - respaldadas por amenazas.....	299
B.1.1.4.1. Contenido de las normas jurídicas.....	300
B.1.1.4.1.1. Introducción.....	300
B.1.1.4.1.2. La nulidad como sanción.....	302
B.1.1.4.1.3. Reglas que confieren potestades como fragmen- tos de normas jurídicas.....	303
B.1.1.4.2. Ambito de aplicación.....	305
B.1.1.4.3. Modos de origen.....	307
B.1.1.4.4. Resumen.....	308
B.1.1.5. Teoría de la soberanía. Crítica.....	309
B.1.1.5.1. Introducción.....	309
B.1.1.5.2. Continuidad del Ordenamiento Jurídico.....	310
B.1.1.5.2.1. Introducción.....	310

B.1.1.5.2.2. Concepto de "aceptación". Diferencias conceptuales entre "hábito" y "regla". Punto de vista - "interno".....	311
B.1.1.5.3. Persistencia del Derecho.....	314
B.1.1.5.4. Limitaciones jurídicas a la potestad legislativa.....	316
B.1.2. El Concepto de Derecho como unión de reglas primarias y secundarias.....	318
B.1.2.1. Introducción... ..	318
B.1.2.2. Elementos del Derecho. Tipos de normas.....	320
B.1.2.3. Análisis crítico del modelo de Hart.....	326
B.1.2.3.1. Introducción.....	326
B.1.2.3.2. Modelos jurídicos y sociales.....	326
B.1.2.3.3. Crítica de N.Bobbio.....	331
B.1.2.3.4. Hart y la teoría liberal del Derecho.....	333
B.1.2.3.5. Hart y el concepto de Derecho de la teoría jurídica contemporánea. Cuadro comparativo.....	336
B.1.2.3.6. Tipos normativos y funciones sociales del Derecho..	347
B.2. <u>Identidad y Existencia del Ordenamiento Jurídico..</u> .....	357
B.1.2. El problema de la Unidad y la Regla de Reconocimiento.....	357
B.2.1.1. Introducción.....	357
B.2.1.2. Criterio de identidad en Kelsen. Teoría de la Norma Fundamental.....	357
B.2.1.3. Criterio de identidad en Austin.....	359
B.2.1.4. Criterio de identidad en Hart: concepto de Regla de Reconocimiento.....	360
B.2.1.4.1. Análisis crítico del concepto.....	360
B.2.1.4.2. Clasificación.....	368
B.2.1.4.3. Regla de Reconocimiento y Norma Fundamental.....	373

	Pág.
B.2.1.4.4. Incertidumbre de la Regla de Reconocimiento.....	376
B.2.1.4.5. "Excursus" sobre el Derecho Internacional y la Regla de Reconocimiento.....	380
B.2.2. Existencia de un Sistema Jurídico.....	388
B.2.3. Patología de los Ordenamientos Jurídicos.....	395
B.2.4. Concepto de "validez" y "eficacia". Concepto de Aceptación.....	397
B.2.4.1. Introducción .....	397
B.2.4.2. Validez jurídica y validez moral:.....	398
B.2.4.3. Análisis crítico y cuadro comparativo del concepto de vali- dez.....	403
B.2.5. Análisis del concepto de obligación.....	420
B.2.5.1. Obligación Jurídica y obligación Moral.....	420
B.2.5.1.1. Concepto social de obligación jurídica.....	420.
B.2.5.1.2. Rasgos característicos de la obligación jurídica y mo- ral.....	423
B.2.5.2. Valoración crítica del concepto social de obligación.....	425
B.2.6. Concepto de "aceptación, "reconocimiento" y punto de vista "in- terno".....	448
B.3. <u>Tesis del Positivismo Jurídico</u> .....	460
B.3.1. Introducción general.....	460
B.3.2. Separación conceptual entre el Derecho y la Moral. Polémica con Fuller.....	464
B.3.2.1. Crítica de la teoría imperativa.....	466
B.3.2.2. Realismo norteamericano. Interpretación.....	470
B.3.2.3. Problemas jurídicos derivados del régimen nazi.....	472
B.3.2.4. La "moral interna" del Derecho. Polémica con Fuller.....	475
B.3.2.5. Conclusión.....	481

	Pág.
B.3.2.6. La coacción jurídica de la Moral. Polémica Hart-Devlin..	486
B.3.2.6.1. Introducción.....	486
B.3.2.6.2. Devlin y la función del Derecho Penal.....	490
B.3.2.6.3. Crítica de Hart: el derecho de la sociedad a la pro <u>tección</u> de su propia existencia.....	494
B.3.2.7. Contenido Mínimo del Derecho Natural.....	502
B.3.2.7.1. Derecho Natrual y Positivismo Jurídico.....	502
B.3.2.7.2. Contenido mínimo del Derecho Natural.....	504
B.3.2.7.3. Análisis del fundamento teórico y lógico del conteni <u>do</u> mínimo del Derecho Natural.....	507
B.3.2.7.4. Funciones teóricas del "contenido mínimo del Derecho Natural.....	511
B.3.3. Tesis sobre la discrecionalidad judicial y las fuentes sociales del Derecho. Polémica Hart-Dworkin.....	513
B.3.3.1. Introducción.....	513
B.3.3.2. Principios y Reglas.....	515
B.3.3.3. "Casos difíciles" y discrecionalidad judicial.....	526
B.3.3.4. Crítica de la "Right thesis" y conexión conceptual entre el Derecho y la Moral.....	533
B.3.3.5. Fuentes Sociales del Derecho.....	539
B.3.3.6. Valoración crítica.....	541
CONCLUSIONES.....	555
BIBLIOGRAFIA.....	567



## INTRODUCCION

En 1538, decía Giordano Bruno que la ciudad de Oxford era la viuda del buen conocimiento de la filosofía. Desde entonces hasta nuestros días, y para mi propósito a partir de la segunda mitad del siglo veinte, Oxford se ha constituido en uno de los centros académicos e intelectuales de mayor prestigio dentro del ámbito de la cultura occidental, a pesar de su reiterada xenofobia cultural y de sus peculiares fobias académicas y científicas. Independientemente de que, ya adentrado el siglo veinte, Wittgenstein calificaba a Oxford como un desierto filosófico, la impresión que un profesor español de Universidad, durante sus estudios de doctorado, ha tenido al conocer -aunque superficialmente- el ambiente y talante académico oxoniense, no puede ser otra que una visión muy positiva y plenamente satisfactoria. Oxford fue para mí el paraíso de trabajo -términos que no suelen ir parejos- durante el verano de 1979, fecha en la que conocí personalmente al profesor H.L.A. Hart. En este tiempo preparaba mi tesis doctoral -prácticamente, desde mi último curso de la licenciatura de Derecho- y fui a Oxford con la esperanza de completar -en realidad, de elaborar- la bibliografía que un año antes había comenzado a desentrañar en las incompletas bibliotecas españolas.

La primera sugerencia que recibí sobre la posibilidad de llevar a cabo una tesis doctoral acerca de la teoría jurídica de Hart se debió al profesor Peces-Barba, con quien, desde mi primer curso de licenciatura -en el que fui su alumno- mantenía no sólo una relación académica -siempre provechosa para mí- sino también una amistad personal que se ha ido acrecentando con el paso de los años. La aceptación de este trabajo fue inmediata por mi parte, pues satisfacía plenamente mi preocupación e interés por la filosofía inglesa -y, en especial, por la filosofía analítica del lenguaje-, interés que había crecido debido a mi asistencia a algunos seminarios del profesor Muguerza -en quien siempre encontré un ejemplo de rigor y trabajo intelectual- y al excelente curso de filosofía del lenguaje que seguí del profesor Hierro durante el año académico 78/79.

Esta peculiar esquizofrenia entre Filosofía y Derecho, que considero positiva para el estudio de la Filosofía del Derecho, se decantó en favor de la obra de un profesor de Oxford, que, al menos en principio, parecía integrar dos aspectos que consideraba interesantes -y poco estudiados para el análisis del Derecho: por un lado, la filosofía analítica del lenguaje, y, por otro, la teoría analítica del Derecho. Creo que, en este sentido, es justo subrayar la importancia que tuvo para mí el haber leído y estudiado en mi primer curso de licenciatura el excelente trabajo de introducción a la Filosofía y Sociología del Derecho del profesor Elías Díaz, quien configuraba a Bobbio y a Hart como los dos representantes de mayor interés dentro del panorama de la Filosofía del Derecho de la segunda mitad del siglo veinte.

El prestigio que la obra de Hart tiene en el ámbito académico anglosajón es difícil de comprender para aquellos que no estén familiarizados con la teoría jurídica anglonorteamericana. Creo que no es exagerado decir que Hart representa un nuevo paradigma de la teoría analítica del Derecho y del positivismo jurídico, del mismo modo que lo fueron Bentham y Austin durante los siglos XVIII y XIX. Nacido en 1907 de padres judíos, se educó en el "Chetelham College" y en la "Bradford Grammar School". Estudió lenguas clásicas, historia antigua y filosofía en el "New College" de Oxford, graduándose en "Greats" (término coloquial de Oxford) en 1929. Como en muchos otros casos en Inglaterra, estos estudios clásicos fueron el preludio de su carrera jurídica, que acabó en 1932. Durante los ocho años siguientes ejerció como abogado, ("barrister") abarcando temas tan variados como sucesiones, derecho matrimonial, mercantil y financiero. Aunque durante estos años -de gran éxito profesional- fue invitado a aceptar la tutoría de filosofía en el New College, Hart rechazó esta oferta y continuó ejerciendo como abogado.

Durante la segunda guerra mundial trabajó como funcionario civil del servicio militar de inteligencia, funciones que compartió con los filósofos Gilbert Ryle y Stuart Hampshire, con quienes tuvo ocasión -entre bombas V-2- de discutir cuestiones filosóficas. Después de la guerra, el New College renovó su invitación, aceptando esta vez como profe-

sor y tutor de Filosofía, volviendo de este modo a la vida académica oxoniense de los años cuarenta. Precisamente, su experiencia en la práctica y uso del lenguaje jurídico, junto a su formación filosófica, le hizo integrarse fácilmente en los grupos intelectuales de Oxford que irán constituyendo, lo que más tarde se denominaría, "Escuela de Oxford" o "filósofos del lenguaje ordinario".

En 1952, aunque en esta fecha no contaba con ninguna obra "consagrada" ni había escrito excesivas publicaciones -en realidad, tan sólo cinco-, su prestigio intelectual en los círculos académicos oxonienses hizo que fuera elegido como sucesor de la vacante producida en la cátedra de Teoría del Derecho del profesor A.L. Goodhart. Su lección inaugural, "Definition and Theory in Jurisprudence", suscitó una gran cantidad de polémicas y discusiones, entre ellas la mantenida con el profesor estadounidense Edgar Bodenheimer, confirmando de este modo el hecho de que su elección no se había producido al azar. A partir de este momento, su trabajo como profesor e investigador fue muy fructífero, del que tan sólo quiero señalar aquí con especial importancia la publicación en 1961 de su obra "The Concept of Law", análisis del Derecho -tímidamente prefigurado en artículos anteriores- que causó una auténtica revolución en el ámbito de la teoría jurídica anglonorteamericana. En este libro, el profesor Hart pretendía retomar y criticar el clásico paradigma de la teoría analítica del Derecho (Bentham y Austin), integrar y criticar la más interesante teoría jurídica continental del siglo veinte (Kelsen), y discutir las nuevas corrientes del pensamiento jurídico norteamericano y escandinavo (realismo jurídico), todo ello con la finalidad de reconstruir una nueva teoría general del Derecho a la luz de la filosofía analítica del lenguaje.

Tanto desde un punto de vista analítico, como desde un punto de vista crítico y moral, Hart representa un eslabón más de la tradición utilitarista liberal y del positivismo jurídico de la cultura jurídica inglesa, junto a los nombres de Thomas Hobbes, David Hume, Jeremy Bentham, John Austin y John Stuart Mill. Desde 1955 a 1970, la sociedad inglesa experimentó importantes cambios en la liberalización del Derecho, en cuyas discusiones las intervenciones de Hart han tenido nota-

ble influencia, manteniendo siempre sus posiciones cerca de la izquierda liberal, próximo a la política fabiana o socialdemócrata. Desde su ayuda personal a los refugiados alemanes que huían del terror nazi durante los años treinta, hasta sus compromisos políticos con el partido laborista, pasando por sus decisivas intervenciones en la liberalización y reforma de la Universidad de Oxford, su compromiso con el valor de la libertad siempre ha sido la guía permanente de su producción intelectual.

Sin embargo, este importante aspecto de la personalidad de Hart —expresado en numerosos artículos y discusiones críticas— no ha sido analizado como objeto de estudio del presente trabajo, por lo que he querido subrayarlo en esta introducción. También he dejado de lado sus importantes estudios sobre teoría general del Derecho Penal (recopilados en su libro "Punishment and Responsibility"), pues su análisis exige un conocimiento de la dogmática jurídico-penal del que carezco. No obstante, la total despreocupación de nuestra dogmática por la obra de Hart —y, en general, de la teoría jurídica inglesa—, así como la estrecha conexión de los problemas planteados con la Filosofía del Derecho (conceptos de "intencionalidad", "castigo", "responsabilidad criminal", etc.), me animan a tener en cuenta estos temas en un futuro proyecto de investigación.

Mi trabajo se centra en la teoría analítica del Derecho construida por Hart, es decir, en su pretensión de ofrecer una comprensión general y sistemática del Derecho. Desde este punto de vista, su obra principal, "The Concept of Law", representa un desarrollo acabado y completo —con sus propias limitaciones— de una teoría general del Derecho, desarrollo que había sido precedido de algunas construcciones parciales y posteriormente sometido a algunas precisiones y matizaciones. Sin embargo, todavía falta en Hart una revisión de su obra a la luz de las numerosas críticas —sobre todo, inglesas, norteamericanas e italianas— que se han venido produciendo desde la publicación en 1961 de su obra fundamental, trabajo en el que está inmerso desde el otoño de 1980, y que tendrá la forma de una "Reply to critics". En

verano aparecerá una edición en rústica de la obra de Bentham, "An Introduction to the Principles of Morals and Legislation", con una breve introducción de Hart; en Septiembre se editarán una colección de artículos de Hart sobre Bentham, con el título "Bentham Jurisprudence and Political Theory", algunos de los cuales ya han sido publicados separadamente; en la actualidad -Marzo de 1982-, el profesor Hart está preparando una recopilación de artículos publicados con una introducción. Estos trabajos son alternados con la tarea a largo plazo de una edición crítica de las obras completas de Bentham, cuyo primer logro tuvo lugar en 1970. El hecho de que un profesor de Oxford -sustituido en su cátedra de Teoría del Derecho por Ronald Dworkin en 1968- de 75 años este empeñado en una nueva edición de la copiosa producción intelectual de Bentham, demuestra, sin ningún género de dudas, el vigor y dinamismo de su voluntad intelectual.

Durante el mes de octubre de 1979, el profesor Hart vino por primera vez a Madrid como profesor invitado por los Departamentos de Filosofía del Derecho de la Universidad Complutense y Autónoma, dictando dos conferencias en castellano (vid. bibliografía). Durante su estancia en Madrid, los que tuvimos la suerte de convivir - y asediarse - con él, confirmamos su extraordinaria vitalidad intelectual y física, así como su especial conocimiento de la historia cultural española, demostrado parcialmente al recitar en Avila unos versos de San Juan de la Cruz en un perfecto castellano.

El desarrollo de mi tesis doctoral ha sido dividido en dos grandes apartados : una primera parte acerca de los problemas metodológicos que conlleva la obra de Hart, y, en segundo lugar, un análisis crítico de su concepción sistemática del Derecho y de sus tesis sobre el positivismo jurídico. En la primera parte metodológica, se estudia la obra de Hart desde cuatro principales perspectivas: en primer lugar, desde la filosofía analítica del lenguaje -haciendo referencia a sus precedentes jurídicos y filosóficos- se intenta resumir su concepción filosófica del lenguaje jurídico y normativo; en segundo lugar, intento integrar su filosofía de la causa y de la acción en su concepción filosófica del lenguaje; en tercer lugar, analizo la obra

desde el punto de vista de la filosofía y metodología de las ciencias sociales como ruptura del monismo metodológico anglosajón, al configurar la descripción y explicación de los fenómenos sociales como explicación y comprensión de sus reglas internas, así como al definir el discurso interno como método plausible de descripción social; en cuarto lugar, estudio los precedentes de su metodología jurídica - haciendo especial hincapié en el positivismo jurídico inglés y la teoría analítica del Derecho (Hobbes, Bentham y Austin)- así como su discusión con la metodología jurídica contemporánea, aunque esta revisión crítica es analizada de una forma completa en el siguiente apartado, ya que es más interesante exponer estas críticas en el análisis y desarrollo de sus propios conceptos.

La segunda parte de la tesis podría ser dividida en dos grandes apartados : teoría del Derecho y tesis del nuevo positivismo jurídico configurado por Hart. En el primer apartado analizo la obra de Hart desde el punto de vista de la Estructura, Identidad y Existencia del Ordenamiento Jurídico, temas que considero imprescindibles en la construcción de una teoría general del Derecho. Por último, intento resumir y analizar críticamente sus tres tesis fundamentales del nuevo paradigma del positivismo jurídico.

Decía Wittgenstein que el objetivo de la filosofía consistía en mostrar a la mosca la salida del mosquito. Pienso que Hart ha mostrado a las reglas jurídicas la salida - o, al menos, una de las posibles salidas - de su laberinto dogmático. Su concepción del Ordenamiento Jurídico como un sistema abierto de reglas sociales, es decir, reglas que guían la conducta de los hombres que pertenecen a grupos sociales y cuyo origen y existencia se fundamentan, en última instancia, en prácticas sociales institucionalizadas, rompe con los clásicos modelos del positivismo jurídico, cuyas pretensiones de coherencia y plenitud se aherrojaban en un lenguaje formalista y conceptualmente dogmático. La "nueva" teoría analítica del Derecho - representada por el "nuevo" positivismo jurídico de Hart - queda, de este modo, abierta a una teoría normativa y social del Derecho que nos ofrece, a mi juicio, una descripción ponderada y lúcida de la existencia y funcionamiento

to de los Ordenamientos Jurídicos desarrollados.

Creo que fue Gramsci quien escribió una vez que el sentido común era la sabiduría práctica de la clase dominante. Quizá el culto del sentido común - transformándolo en una peculiar metafísica - indique con alguna precisión el papel que ha desempeñado la filosofía del lenguaje en Inglaterra. Sin embargo, y sobre todo en España, se ha escuchado a menudo la crítica externa de la filosofía del lenguaje - definiéndola como una ideología cloroformizadora - antes de llegar a estudiarla; yo estoy convencido de que el análisis del lenguaje -subrayando al mismo tiempo su naturaleza social e intersubjetiva- es un excelente ejercicio que hace ahuyentar ciertos demonios familiares.

Para finalizar, quiero hacer especial mención del ejemplo de libertad y tolerancia que en todo momento el profesor Ruiz Giménez ha demostrado en la dirección del Departamento de Filosofía del Derecho. La conclusión de este trabajo nunca hubiera podido llevarse a cabo sin la tenacidad, apoyo, ayuda y dirección del profesor Peces-Barba, en quien siempre encontré un ejemplo a seguir en mi vocación universitaria. Mis compañeros de Departamento, Elena Beltrán, Jerónimo Betegón, Jose Luis Colomer, Jesús Glez. Amuchástegui, M<sup>a</sup> Dolores Glez. Soler y Luis Prieto, se habrán aligerado de la carga de soportarme durante el iter de elaboración de este trabajo. Quiero también agradecer a Eusebio Fernández, profesor de la Universidad Autónoma de Madrid, su inestimable ayuda en los comienzos de esta tesis y su especial colaboración en la búsqueda bibliográfica; a sus compañeros de Departamento, Liborio Hierro y Francisco Laporta, con quienes compartí y discutí -siempre con provecho para mí- algunos aspectos de la teoría jurídica de Hart durante su estancia en Madrid; al profesor Elías Díaz, por su renovación crítica de la filosofía del Derecho; a Carmen, quien siempre comprendió mi obligada reclusión doméstica; a Rosario, quien llevó a cabo la fatigosa tarea de mecanografía; y, en definitiva, al profesor Hart, por su hospitalidad entrañable en Oxford, su especial preocupación e interés durante el desarrollo de mi trabajo, su ejemplo a seguir en el análisis crítico de las instituciones sociales y su -

"last but not least"= peculiar sentido del humor y la ironía.

Por último, quiero hacer constar mi agradecimiento a la Fundación Oriol por la beca concedida para la realización de esta tesis doctoral.

El Plantío, Marzo de 1982.



## A.-METODOLOGIA

### A.1.Filosofía analítica del lenguaje.

#### A.1.1.Introducción: precedentes jurídicos y filosóficos.

##### A.1.1.1.Precedentes en el ámbito jurídico.

El problema de las relaciones entre el análisis del lenguaje y el Derecho no es una invención exclusiva de la filosofía del siglo XX. Tanto los juristas del siglo XVIII y XIX, Bentham o Austin, como los fundadores de la Escuela de Oxford de la Baja Edad Media (Roger Bacon o Guillermo de Occam) - como, en última instancia, los sofistas griegos y las disputas en torno a Platón y Aristóteles- había centrado gran parte de su atención en torno a los problemas del lenguaje. Ahora bien, pretender trazar una historia de la filosofía como historia de la filosofía del lenguaje es una tarea que no podría llevar a cabo con éxito, pero de la que quedo excusado en función del contexto del trabajo presente. Por ello, tan sólo pretendo subrayar las líneas generales de la reflexión sobre el lenguaje jurídico en el ámbito de la tradición cultural angloamericana, tradición que de una manera más directa ha influido en la obra del profesor Hart.

##### A.1.1.1.1Análisis del lenguaje y del Derecho en Jérémy Bentham.

Independientemente del análisis que, desde el punto de vista de la Teoría del Derecho, he sometido a la obra de J.Bentham como precursor de la teoría analítica del Derecho en Inglaterra (1), sería preciso destacar algunas características referentes al lenguaje, algunas de las cuales serán retomadas por Hart aunque no de forma sistemática.

En primer lugar, la función simbólica del lenguaje: para Bentham, los conceptos y las proposiciones son los signos de las ideas, y las ideas simbo

---

(1) Vid. en el apartado correspondiente de la "Metodología jurídica".

lizan el mundo exterior de las cosas y de los seres (1). Por tanto, al ser - el lenguaje un signo o símbolo de la realidad de un mundo objetivo, la cuestión principal se centrará en la naturaleza de esta realidad exterior, es decir, la cuestión acerca del lenguaje se transformará en un problema metafísico (2).

En segundo lugar, uno de los elementos fundamentales de su análisis del lenguaje lo constituye su "teoría de las ficciones lingüísticas", concepción claramente heredada de la obra de G. de Occam (3). Para Bentham, las proposiciones del lenguaje no pueden tener más que dos relaciones posibles con el mundo objetivo: o bien designan directamente conceptos simples, cuya relación con el mundo objetivo es directa y real; o bien designan indirectamente los conceptos simples, debiendo entonces cualificar estas proposiciones como términos ficticios de *n* grados, según sus relaciones con esos conceptos. En todo lenguaje, existen dos categorías de términos: los términos que designan di

- 
- (1) "Words are the signs of ideas. To render a word understood is to point - out the idea of which it is a sign". "It (language) may be the sign of - other things; it may stand indirectly for objects and facts in great variety; but the thought of the speaker is what is primarily symbolized - of this object it is always the sign, and it's only through this that it be comes the sign of any other object". *Essay on Language*", ed. de Bowring, vol. VIII, págs. 329-333. *The Works of Jeremy Bentham*, Nueva York, Russel and Russel, 1962. Vid. también, M. El Shakankiri, "La philosophie juridique de Jeremy Bentham", Paris, L.G.D.J., 1970 y "Analyse du langage et - droit chez quelques juristes anglo-américains de Bentham à Hart". *Archives de Philosophie du Droit*, 1970, págs. 113-149.
- (2) No hay que olvidar que para Bentham, las "cosas" pueden responder a una doble naturaleza: por un lado, una naturaleza física, material y mecánica visión que procede de la física cuantitativa de Bacon y Galileo; por otro lado, una naturaleza humana, cuyo pensamiento está determinado por la materia de las sensaciones del placer y del dolor. Un análisis profundo de la función simbólica del lenguaje en la obra de Bentham, puede verse en El Shakankiri, "La philosophie...", págs. 138 y ss.
- (3) Vid. "A Fragment on Ontology", cap. I, secc. V; "Essay on Logic", cap. I y ss.; "Essay on Language", cap. VI, Bowring, cit., vol. VIII. Sobre la obra de Occam como precursores de Bentham, vid. El Shakankiri, "La Philosophie...", op.cit., págs. 130 y ss.

rectamente las ideas simples, y, por tanto, el mundo material exterior; y los términos que son ficciones que reenvían a ideas complejas, con una referencia, en última instancia, al mundo objetivo. Tomemos por ejemplo el término "obligación" (1): se trata, según el análisis de Bentham, de un término ficticio de segundo grado; el análisis de este concepto muestra la existencia de otro concepto más simple: la sanción. A su vez, el concepto de sanción implica la existencia material de una "sensación de dolor", ya que sin la sensación física de un castigo no existiría la sanción, ni, por tanto, el concepto de obligación.

La teoría de las ficciones tiene una importancia capital en la obra de Bentham (2); en función de ella se fundamenta el método de su semántica, el método "paraphrastic": cada proposición, arguye Bentham, contiene un sujeto, un predicado y una cúpula que une ambos conceptos. Cuando el sujeto, o el predicado, o los dos a la vez, son términos complejos (ficciones), el método consiste en construir nuevas frases teniendo la misma relación sujeto-predicado pero con términos más simples, más próximos a la realidad sensible (3). El ideal de Bentham consistirá en construir una nueva metodología según la cual cada idea simple no pueda tener más que un signo simple que tenga como corres

---

(1) "Ontology", cap.II, secc. VIII; "Logic", cap.VII, secc. VII, 2. Bowring, cit., vol.VIII, p.206 y 247. Vid. El Shakankiri, "Analyse du langage...", op.cit., págs. 121.

(2) Vid.C.K.Ogden, "Bentham's Theory of Fictions", Kegan Paul, Londres, 1932.

(3) "Logic", cap. VII, "Language", cap.VI, Bowring, op.cit., vol VIII, p.242 y ss., y 320 y ss. A pesar de lo que luego se dirá en relación con las "definiciones parafrásticas" de Bentham, la actitud general de Bentham - consiste en construir una teoría que explique las características reales (sensibles) del Derecho oscurecidas por el uso del lenguaje común. A diferencia de Hart, y como ha dicho el profesor Maher ("Analytical Philosophy and Austin's Philosophy of Law", ARSP, Bd. LXIV/3 (1978), p.401-415, esp.p.407): "...Bentham thinks that ordinary language is a snare rather than a guide...For him, the whole point of analysis is to expose the fictitious nature of such concepts and to explain them by relating them to real entities (i.e. those open to sense perception). Once again then, - the basic idea is that of moving beyond ordinary language to establish - some deeper reality".

pondencia una realidad cuantificable, singular y primaria. Esta idea de llegar a conceptos más simples, será, en última instancia, la base de su compleja filosofía del Derecho, fundamentada de esta forma en dos valores: la utilidad (concepto ficticio que hace referencia al placer) y la seguridad (la realización de la utilidad exige la seguridad en la satisfacción de ciertas necesidades).

En tercer lugar, es interesante subrayar en este breve resumen algunas características de su teoría del Derecho en tanto en cuanto hacer referencia a sus reflexiones sobre el lenguaje jurídico: en este sentido, para Bentham, el término de la "ley" es un concepto ficticio. Para comprender este concepto es necesario analizar los elementos más simples que lo componen (1). La norma jurídica legislativa es un signo del lenguaje por el cual el soberano de un Estado hace conocer su voluntad. Por tanto, la expresión de la norma estatal o jurídica reenvía a un concepto más simple, la voluntad soberana, capaz de imponer -por la fuerza si es necesario- la reglamentación que dicta.

Una de las tesis de Bentham que con mayor fuerza ha influido en la obra de Hart ha sido su crítica al método tradicional de definición, método consistente en abstraer expresiones de las proposiciones en las que se puede observar su función, para luego preguntarnos por el género próximo y la diferencia específica de esas expresiones así abstraídas (2). Según Bentham, para exponer las palabras "deber", "derecho", "poder", "título", y otros términos semejantes del mismo tipo, es necesaria una explicación mediante paráfrasis: - una palabra es explicada mediante paráfrasis no sólo cuando se traduce en - otras palabras, sino también cuando la frase entera de que forma parte se - traduce en otra frase. Así, dirá Bentham: "El método común de definir (el mé

---

(1) "An Introduction to the Principles of Morals and Legislation", cap. XIX, J.H.Burns y H.L.A.Hart, ed., Londres, Atholone Press, 1970.

(2) V.Hart, "Definition and Theory of Jurisprudence", Clarendon Press, Oxford, 1953 (reeditado en 70 Law Quarterly Review, p.37 y ss, 1953). Cito por - la trad.cast. del prof. Carrió, "Definición y teoría en la Ciencia Jurídica", En H.L.A.Hart, "Derecho y Moral, Contribuciones a su análisis", ed. Depalma, Buenos Aires, 1962, pgs. 93-138, especialmente vid. p. 110 y ss.

todo "per genus et differentiam") como dicen los lógicos) en muchos casos - no es adecuado. Entre los términos abstractos se ve en seguida que hay algunos que carecen de "superior genus". Una definición "per genus et differentiam", aplicada a los mismos, no puede suponer ningún progreso; o no alcanza su propósito o vuelve sobre si misma, por así decirlo, en una especie de círculo vicioso" (1). En realidad, lo que Bentham propone, aparte de su exigencia de que las traducciones de los términos complejos fueran términos simples que suscitaran imágenes de "sustancias" o "emociones" -es decir, la reconversión y reducción de las ficciones a términos referentes de primer orden-, es la contextualización de un término en una proposición donde desempeña un papel o función característica. Esta clase de definición, independientemente - de la exigencia empírica, es idéntica a la moderna "definición en uso" (2), - cuya importancia en la filosofía analítica del lenguaje, a partir del "segundo" Wittgenstein, ha sido espectacular, siendo la obra de Hart un buen ejemplo de esta tendencia.

A.1.112. J. Austin como precedente de la filosofía analítica. (3).

John Austin ha sido generalmente aceptado como el fundador explícito, de la "analytical jurisprudence" ("Teoría analítica del Derecho") (4), pecu-

- 
- (1) La cita corresponde a la ed. cast. de "A fragment on government" (1976), trad. de Julián Larios Ramos, ed. Aguilar, Madrid, 1973, p. 127. Hay ed. crítica, "A Comment on the Commentaries", y "A Fragment on Government", J.H. Burns, y H.L.A. Hart, ed., Londres, Athlone Press, 1977.
- (2) V. Hart, "Definición y Teoría...", op. cit., p. 115. La denominada "definición en uso", mantenida por G. Ryle, J.L. Austin y, en general, por el "grupo de Oxford", tiene como precedente fundamental la recomendación de Wittgenstein: "For a large class of cases -though not for all- in which we employ the word 'meaning' it can be defined thus: the meaning of a word is its use in the language" "Philosophical Investigations", para 43, trad. de G.E.M. Anscombe, Basil Blackwell, Oxford, 1ª ed. 1953 (cito por la ed. de 1978).
- (3) El nombre de John Austin no debe ser confundido con el de J.L. Austin, filósofo del lenguaje que tuvo una influencia directa en la obra de Hart. Del mismo modo, H.L.A. Hart no debe ser confundido con otros estudiosos - del Derecho, H. Hart, y H.L. Hart. Por tanto, el hábito de Hart de anteponer a su apellido las tres iniciales no es debido a ningún esnobismo ni a ninguna imitación de la costumbre norteamericana, sino simplemente a una cuestión de identificación.
- (4) Vid., por ejemplo, Alan R. White, "Austin as a Philosophical Analyst", Archiv für Rechts und Sozialphilosophie, Bd. LXIV/3 (1978), p. 379-397; Gerard Maher, "Analytical Philosophy and Austin's Philosophy of Law", ARSP, Bd. LXIV/3 (1978), págs. 401-415.

liar metodología de la filosofía del Derecho durante el siglo XIX y XX.

En primer lugar, Austin construye su filosofía analítica del Derecho - sobre la distinción entre lo que el Derecho es y lo que debe ser (1), es decir entre el Derecho positivo y la "ciencia de la legislación" o moralidad - positiva, entre -lo que Bentham había llamado- la teoría del Derecho "expository" y "censorial" o "deontological". Su teoría del Derecho fue entendida - como el exámen de los "principles, notions and distinctions" (2) que son comunes a varios Ordenamientos Jurídicos, es decir, un análisis de los conceptos que tales sistemas usan y deben usar al ordenar su propio contenido y estructura. Por tanto, lo que se incluye en esta "General Jurisprudence" son - los conceptos de "derecho", "deber", "Derecho", "delito", "obligación", "sanción", "persona", "cosa", "acto", "intención", "responsabilidad", etc., es - decir, cuestiones conceptuales y no empíricas, como sería, por otro lado, la determinación de la existencia de un Ordenamiento Jurídico. Austin estuvo interesado, pues, en la naturaleza, la esencia y las propiedades y relaciones necesarias entre los conceptos jurídicos, es decir, si el Derecho implica sanciones, si los conceptos de "derecho" y "deber" son correlativos, si una persona es o tiene un status, si un status produce un conjunto de deberes derechos y competencias, etc.

Teniendo en cuenta esta aproximación general a la metodología de Austin se podrían llevar a cabo las siguientes matizaciones: (3).

a) Austin consideró que un concepto particular -por ej., el concepto - de "deber" o "intención"- ofrece la 'esencia' del objeto del propio concepto a la vez que su significado. Para Austin (4), el significado de una palabra está implicado en el uso real de esa palabra en el área o ámbito contextual

---

(1) "Lectures on Jurisprudence", ed. R.Campbell, 4ª ed. (1873), pg. 220, Londres. Las "Lectures on jurisprudence or the philosophy of positive law", fueron publicadas, tras la muerte de Austin, por su mujer desde el año - 1861 a 1863, y cuyas seis primeras lecciones constituyen "The province of jurisprudence determined".

(2) "Lectures...", op.cit., pág. 33

(3) A.R.White, op.cit., pág.380 y ss.

(4) "Lectures...", op.cit., págs.736 y 1024.

en que se usa. Así, son frecuentes sus referencias al lenguaje "recibido", - "establecido" u "ordinario", a la "estructura del habla recibida", el "significado familiar o vulgar", en orden a justificar su propio análisis o cuando se trata de refutar o rechazar el análisis de otro jurista o filósofo. Austin construye una defensa elaborada del "seeming caprice of current or established language" que usa la palabra "Derecho" respaldado por un amplio grupo de sujetos (1).

b) Austin distinguió un concepto de otro, mostrando las diferentes implicaciones de los dos. Por ejemplo, la naturaleza de un "mandato" está conectada conceptualmente con los términos de "sanción", "deber" y "obligación", cuyos significados están implicados por el primer concepto (2).

c) Por otro lado, Austin distinguió los diferentes conceptos jurídicos "by differences in what can qualify them" (3). Por ejemplo, los deberes, a diferencia de los derechos, no son algo que uno puede adquirir, ni tampoco - pueden ser objeto de un título (4). Un derecho no puede ser simplemente una capacidad física (5).

d) En opinión de Austin, una hipótesis acerca de la naturaleza de un concepto puede ser verificada comprobando la falsedad de sus consecuencias. Así, la tesis de que una persona es un hombre con capacidad para ser titular de derechos no es apoyada ni por el lenguaje ordinario ni por la práctica -

---

(1) "Lectures...", p.197-199. Una opinión contraria a esta tesis se puede ver en G.Maher, op.cit., En pg. 408, criticando la interpretación de A.R.White, dice: "...there are elements of analytical philosophy in the shape of ordinary language philosophy to be found in Austin's writings. But it also shows that there are other matters dealt with by Austin that suggest that his mode of analysis is more a kind to other branches of analytical philosophy than it is to ordinary language philosophy. Surveying the evidence as a whole, it seems to me that as far as method in jurisprudence is concerned while Austin does fit the broad category of analytical philosopher, he is not accurately described as an ordinary language philosopher".

(2) "Lectures...", op.cit., págs. 83 y 91

(3) A.R.White, op.cit., pág. 381

(4) "Lectures...", op.cit., pág. 735 y 915.

(5) "Lectures...", op.cit., págs. 292.

del Derecho Romano, ya que un esclavo sin derechos es una persona (1).

e) Finalmente, siguiendo a Asutin se puede decir que un concepto puede ser diferenciado de otro por las distintas situaciones en las que ambos conceptos pueden ser aplicados. Por ejemplo, según Austin, si una persona se ausenta de su casa, sabiendo que tiene que volver, su ausencia es intencional; si, por el contrario, su ausencia se debe a un olvido, se trata de un acto - de negligencia (2).

La teoría analítica del Derecho, como la filosofía analítica del lenguaje, es una práctica, un conjunto de propósitos y métodos más que una colección de resultados. El análisis general de los conceptos usados en el Derecho no debe confundirse con el exámen de las proposiciones particulares a las que ciertos Ordenamientos Jurídicos llegan al usar tales conceptos. Así, A.R.White dice: "The fact that certain classes have certain rights in one system - whick they do not have in another or that the English legal system subscribes to certain property laws which the Japanese does not is of no professional interest to the analyst of right or property" (3). El propósito de la teoría analítica del Derecho consiste en la construcción de un sistema conceptual - lógico, coherente y consistente.

Una de las principales críticas que Hart, desde el punto de vista metodológico, ha dirigido contra Austin -y en general contra la teoría analítica del Derecho-, ha sido el análisis austiniano de la obligación, análisis configurado en términos de la probabilidad de sufrir un mal o sanción, debido a su intento de definir palabras singulares en lugar de investigar cuáles son las condiciones standard en las que un enunciado (expresado por una frase o proposición que contiene la palabra) es verdad, así como las clases de contextos y los propósitos por los que tales enunciados fueron formulados (4).,

---

(1) "Lectures...", op.cit., págs. 358-365.

(2) "Lectures...", op.cit., pág.347.

(3) A.R.White, op.cit., pág. 383.

(4) V.H.L.A.Hart, "Analytical Jurisprudence in Mid-Twentieth Century", 105 - University of Pennsylvania Law Review (1957), p.953-975, especialmente - pgs.965-7 (en realidad, este artículo es una respuesta al profesor Bodenheimer por el suyo, "Modern Analytical Jurisprudence and the Limits of - its Usefulness" (1955-6), 104 Univ. of Penn. Law Review, p.1680 y ss.



Hart propone dos alternativas: por un lado, investigar el uso de una palabra examinando su uso en una frase o proposición, o examinar la fuerza ilocucionaria de la proposición en la que se usa la palabra (1).

Para finalizar este breve resumen sobre la importancia de la filosofía analítica del lenguaje jurídico en la obra de J. Austin, me gustaría subrayar tres cuestiones:

1) en primer lugar, como he sugerido con anterioridad, la necesaria diferenciación entre el nivel semántico de una Teoría general del Derecho (en el caso de Austin, una teoría analítica del Derecho) y el análisis de las proposiciones particulares de un Ordenamiento Jurídico.

2) En segundo lugar, Austin no desarrolla una teoría general del lenguaje jurídico, ni tampoco propone una metodología autónoma y global para su análisis. En lugar de ello, propone ciertas pautas de análisis, para una mejor comprensión de los Ordenamientos Jurídicos, a la vez que intenta reconstruir conceptualmente sus principales características formales.

3) En tercer lugar, se puede decir que Austin institucionaliza una tradición del positivismo jurídico inglés, teniendo, a partir de él, un gran número de seguidores y continuadores de su labor (por ej., Amos, Clark, Markby, Hearn, Holland, Salmond, Pollock, Williams, Dias, Paton, etc.), centrados todos ellos en el análisis de los conceptos jurídicos generales.

---

(1) Este tipo de alternativas será estudiado más adelante. Aquí sólo quiero subrayar la importancia de Bentham, Frege y Wittgenstein en la primera alternativa y la influencia de J.L. Austin en la segunda. Las diferencias metodológicas entre Hart y Austin son muy numerosas como se irá analizando a lo largo del presente trabajo. Sin embargo, creo interesante subrayar aquí la siguiente cita del profesor Maher: "...the spirit of Austin's enterprise is quite far removed from Hart's attempt to produce a theory of law which seeks to understand law as a social phenomenon by reproducing its distinctive uses in social life as these are perceived by those in society. Austin certainly sees law as a distinctive part of social life but its distinctive feature is one appertent to the theorist-observer and not necessarily to the participants" (op.cit., pág. 409).

### A.1.1.2. Precedentes en el ámbito filosófico.

#### A.1.1.2.1. La Filosofía del lenguaje ordinario o la filosofía de la Escuela de Oxford.

##### Introducción.

H.L.A.Hart ha sido uno de los pocos juristas enmarcados en el contexto intelectual de lo que se ha venido denominando la "filosofía del lenguaje ordinario" o "Escuela de Oxford", movimiento filosófico que, en líneas generales, procede del "segundo Wittgenstein (1). La complejidad del análisis del pensamiento filosófico de Wittgenstein y, en general, de la filosofía analítica del lenguaje, hace imposible que en este trabajo se describa críticamente la evolución de esta corriente filosófica. Sin embargo, cometería una grave irresponsabilidad si, al menos, no hiciera una referencia generalizada sobre algunos aspectos parciales de la filosofía analítica contemporánea como el ámbito y contexto intelectual en el que se desarrolla la obra de Hart. Por ello, en primer lugar haré una exposición breve de lo que ha representado la filosofía del "segundo" Wittgenstein dentro de la filosofía analítica del lenguaje, para después analizar las tesis de sus principales discípulos de Oxford.

- 
- (1) "...for Hart is one of the leading proponents of what is sometimes called 'linguistic analysis' or 'ordinary language philosophy'", N.MacCormick, H.L.A.Hart", ed.W.Twining, Edward Arnold (Publ) Ltd., Londres, 1981, p.13. En el clásico estudio de Chappel (V.C.Chappel, "Ordinary Language", Prentice-Hall, Inc., Englewood Cliffs, New Jersey, 1964; trad.cast. "El Lenguaje común. Ensayos de Filosofía Analítica", Tecnos, Madrid, 1971), p.2., después de diferenciar las dos escuelas de la filosofía del lenguaje ordinario (Cambridge y Oxford), dice: "...The other main group of ordinary language philosophers is that which grew up at Oxford just after the war, under the leadership first of Ryle and later of Austin. Its most distinguished members, after Ryle and Austin, are Strawson, Hart, Hampshire, Hare, Urmson and Warnock...". En este sentido, dirá Hart: "In the last twenty years, philosophy in England, including moral philosophy, has been mainly occupied with the analysis of language, and the older traditional problems have been posed and discussed as questions of meaning, not as questions of fact. There has, of course, been a parallel movement in America, but English philosophers, especially latterly, have been far less concerned with the formalized disciplines of science, mathematics, and logic and - instead have been concerned in the philosophy of ordinary language (which is in part the language of the historian, the art critic and the lawyer) and in discriminating various different types of empirical discourse and the processes of argument appropriate to these various types". "Philosophy of Law and Jurisprudence in Britain (1945-1952)", The American Journal of Comparative Law, vol.2, nº 3. Julio, 1953, p.355-364. Aunque Hart proveía del ejercicio de la abogacía, sus primeros artículos académicos son exclusivamente filosóficos. Así, su intervención en el symposium "Is there Knowledge by acquaintance", Aristotelian Society, Supplementary vo.23, 1949, p.69-90; "A Logician's Fairy tale", The Philosophical Review, nº 60, 1951, p.198-212, o la recensión de libro "Language and Intelligence" (J. Holloway. Londres, Macmillan, 1951), en "Signs and Words", The Philosophical Quarterly, nº 2, 1952, págs. 59-62.

A.1.1.2.1.2. Análisis del lenguaje en el "segundo" Wittgenstein.

La gran revolución en el análisis filosófico provino del mismo filósofo que en su primera época había continuado de forma magistral el atomismo lógico y el reconstruccionismo conceptual de Bertrand Russell. Esta época, representada por la obra de Wittgenstein, "Tractatus Logico-Philosophicus" (1), el autor elabora una teoría concreta sobre la relación entre el lenguaje y la realidad, en virtud de la cual se explicaban las tesis fundamentales del atomismo lógico. Según el "Tractatus", la realidad y el lenguaje tienen algo en común: la forma lógica; en función de esta relación se explica que el lenguaje pueda ser una representación (Bild, picture) de la realidad. Debido a la similitud estructural entre el lenguaje y la realidad —determinada por la comunidad de forma lógica—, existe una regla general con la que siempre puede reconstruirse el uno a partir de la otra, y viceversa: esta regla, en un sentido muy amplio, podría ser configurada como una proyección. Para Wittgenstein, cada oración consiste en una serie de nombres, cada uno de los cuales se refiere a algún objeto de la realidad: sólo de esta manera el lenguaje conecta con la realidad. El sentido de cada oración es el hecho que la oración presenta o figura, es la configuración de los elementos que corresponden a los objetos, configuración de los nombres que componen la oración. La teoría pictórica del lenguaje formulada por Wittgenstein en el "Tractatus" continuó dentro de los supuestos de Russell, añadiendo ciertas matizaciones teóricas y —obteniendo consecuencias que en Russell sólo se hallaban implícitas. El análisis del lenguaje sigue siendo, en esta primera etapa, un medio que conduce —a una visión total de la realidad, y el lenguaje, un instrumento para expresar los hechos de la realidad (2).

---

(1) Fue publicado en 1921 en "Annalen der Naturphilosophie", Leipzig (hay trad. cast. del profesor Tierno Galván en Alianza Ed., 1973, 1ª ed. en Rev. de Occidente, Madrid, 1957-).

(1) Ofrecer bibliografía sobre estos temas, en los que no entro en ningún tipo de análisis particularizado, es tan complejo como pretencioso. Sin embargo, bajo la responsabilidad de mi propia selección personal, creo conveniente señalar algunos trabajos, que por su carácter introductorio o —significativo, pueden ofrecer una visión más completa sobre estos temas. Así, para el análisis del atomismo lógico, vid. J.O. Urmson, "Philosophical Analysis", Clarendon Press, Oxford, 1956 (hay trad. cast. de J.L. García Molina, revisada por F. Carbonell, en Ariel Quincenal, Barcelona, 1978, —

Esta concepción reduccionista del lenguaje persistió en la concepción que vino a sustituir el paradigma del atomismo lógico: el empirismo o positivismo lógico (1). Se puede decir que los empiristas lógicos extrajeron - todas las consecuencias del atomismo lógico: conservaron la concepción de - Russell del lenguaje como veritativo funcional, reduciendo el lenguaje significativo a los enunciados fácticos, propios de las ciencias experimentales, y a los enunciados analíticos, propios de la lógica y la matemática. - Estos últimos enunciados, si bien no nos dan ningún conocimiento sobre el - mundo, pueden ser declarados verdaderos o falsos en virtud de las definiciones de los términos que en ellos aparecen. Con respecto a los enunciados fácticos, cabe decir que siempre son funciones de verdad de enunciados simples relativos a hechos de experiencia, expresados por las llamadas sentencias - protocolarias, que corresponden a las proposiciones atómicas de los atomistas lógicos. El criterio que determina la atribución de significado cognoscitivo o fáctico a un enunciado, con el fin de expulsar de este ámbito a todos aquellos enunciados que no satisfacen dichos criterios, fué denominado - el criterio de verificabilidad: significado fáctico es el que tienen aquellas oraciones de las que sabemos qué observaciones nos conducirán, en ciertas condiciones, a aceptarlas como verdaderas o a rechazarlas como falsas. Por lo -

---

cont.- con el título "El análisis filosófico" y B. Russell, "Philosophy of Logical Atomism" (1919), publicado en "Logic and Knowledge", George Allen and Unwin, Ltd., Londres (la versión castellana de esta obra ha sido publicada bajo el título "Lógica y Conocimiento", Taurus, Madrid, 1966: el artículo mencionado ha sido reproducido en la selección de J. Muguerza. "La Concepción analítica de la Filosofía, T.I., Alianza Universal, Madrid 1974, donde recomiendo su excelente introducción y bibliografía citada. Sobre Wittgenstein, vid. el excelente ensayo de Anthony Kenny, "Wittgenstein", The Penguin Press, Ltd., Harmondsworth, Middlesex, Londres, 1973, (hay trad. cast. de Alfredo Deaño en ed. Revista de Occidente, Madrid, - 1974). Un sumario muy completo de la amplísima bibliografía de y sobre Wittgenstein puede verse en K.T. Fann, "Ludwig Wittgenstein: The Man and His Philosophy" A Delta Book, Nueva York, Dell, 1967, y del mismo autor, "Wittgenstein's Conception of Philosophy", Oxford, Basil Blackwell, 1969 (hay trad. cast. de M.A. Bertrán, "El concepto de filosofía en Wittgenstein", Tecnos, Madrid, 1975).

- (1) Sobre el positivismo lógico vid. A.J. Ayer, "Language, Truth and Logic", Londres, 1936 (hay trad. cast. de Ricardo Resta, "Lenguaje, Verdad y Lógica", Buenos Aires, 1966). Sobre el círculo de Viena puede verse Victor Kraft, "Der Wiener Kreis", Viena, 1950 (hay trad. cast. de Francisco Graña, ed. Taurus, Madrid, 1966, con el título "El Círculo de Viena").

tanto, la crítica del empirismo lógico rechaza a cualquier tipo de enunciado con pretensiones cognoscitivas que no cumpla con el criterio de verificabilidad. El análisis filosófico tiene como propósito la clarificación del lenguaje, y esta función terapéutica no puede intentar la descripción del mundo. - El Lenguaje filosófico no es un medio para el conocimiento de la realidad: - éste sólo puede provenir de las ciencias.

Después de escribir el "Tractatus", Wittgenstein sometió a una profunda - revisión sus principales tesis (1): a partir de ahora, la preocupación filosófica no consistirá en preguntarse acerca del significado de los términos, sino por su uso. Es decir, como ha señalado el profesor Hierro, "no hay que preguntarse si un cierto tipo de enunciados cumple los requisitos de una cierta teoría del significado, sino que hay que ver cómo se usa en el lenguaje - ordinario este tipo de enunciados" (2). El lenguaje consistirá ahora en el - desarrollo de una actividad que se lleva a cabo en la forma de una serie de actos lingüísticos (3). Desde el primer aforismo de las "Investigaciones Filosóficas", donde se critican las ideas de S. Agustín sobre el aprendizaje lin

- 
- (1) Vid. "Philosophische Untersuchungen", Oxford, 1953; "The Blue and Brown Books", Oxford, 1958 (hay trad. cast. de la 2ª ed. inglesa de F. Gracia, - "Los cuadernos azul y marrón", Tecnos, Madrid, 1968. La edición de las - "Investigaciones Filosóficas" que consulto es la trad. de G.E.M. Anscombe, "Philosophical Investigations", Blackwell, Oxford, 1978 (1ª ed. de 1953).
  - (2) J.S.P. Hierro, "Problemas del análisis del lenguaje moral", Tecnos, Madrid 1970, pg. 21. Así, dirá Wittgenstein: "For a large class of cases-though not for all- in which we employ the word "meaning" it can be defined thus: the meaning of a word is its use in the language" ("Philosophical...", - op.cit., párrafo 43).
  - (3) Sobre la teoría de los actos lingüísticos, independientemente de las referencias que se harán a la obra de J.L. Austin, vid. J.R. Searle, "What is a Speech Act?", en J.R. Searle, ed. "The Philosophy of Language", Oxford University Press, 1971 y "Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language", Londres-Nueva York, Cambridge University Press, 1970 (hay trad. cast. a cargo de Luis M. Valdés Villanueva, "Actos de Habla", ed. Cátedra S.A., 1980, Madrid). El primer artículo citado fue originalmente publicado en "Philosophy in America". Londres, Allen Unwin, 1965, p.221-39, del que hay trad. cast. de Luis M. Valdés Villanueva (además de una presentación y selección bibliográfica) con el título ¿Qué es un Acto de Habla?, Revista Teorema, Valencia, 1977.

guístico, Wittgenstein intenta destruir la convicción de que lenguaje y realidad son dos fenómenos paralelos que deben corresponderse en una relación biunívoca, de que cada palabra o enunciado es la imagen ("Bild") o representación de un objeto o hecho real -con el predominio subsiguiente de las definiciones ostensivas-. Los diferentes usos del lenguaje son ahora considerados como juegos (1): en el juego encuentra Wittgenstein una metáfora muy a propósito para representar el acto lingüístico, no sólo porque el juego se lleva a cabo siempre conforme a unas reglas, sino porque para jugar hace falta saber hacerlo, estar impuesto en la técnica del uso de las reglas. Se puede incluso aprender a jugar sin aprender explícitamente las reglas del juego en cuestión. El jugar presupone unas reglas, pero en sí mismo es más un "knowing how" que un "knowing that" (2). Del mismo modo, saber hablar es saber la palabra adecuada en el momento preciso, convertir el lenguaje en una "forma de vida": es sujetarse a unas normas no sólo gramaticales y semánticas, sino psicológicas, lógicas, epistemológicas, pragmáticas y socio-culturales. En palabras de Wittgenstein, el niño aprende el "juego del lenguaje" o una "forma de vida": "...the term "language-game" is meant to bring into prominence the fact that the speaking of language is part of an activity, or of a form of life" (3)

- 
- (1) Dice Wittgenstein: "We can also think of the whole process of using words ...as one of those games by means of which children learn their native language. I will call these games 'language games' and will sometimes speak of a primitive language as a language game...I shall also call the whole: consisting of language and the actions into which it is woven, the 'language game'" ("Philosophical Inv.", cit., para 7, p.5.).
- (2) Esta distinción de G.Ryle es aplicable a todos los conceptos: una de sus consecuencias consistirá en considerar las reglas de inferencia en el razonamiento como reglas de ejecución. Ryle sostiene que lo que importa ante todo es el "saber cómo", es decir, la ejecución adecuada, lo cual implica una serie de reglas de ejecución que no son de carácter imperativo, pero que son necesarias seguir si se quiere aclarar el lenguaje conceptual; vid. "The Concept of Mind", Harmondsworth, Middlesex, Penguin Books, Londres, 1963, (1ª ed. de 1949) (hay trad.cast., "El concepto de lo mental", ed. Paidós Buenos Aires, 1967 y "Knowing how and Knowing that", Proceedings of the Aristotelian Society. 1945-1946.
- (3) "Philosophical Inv.", op.cit., para 23 (p.11). Sobre el lenguaje como "forma de vida" vid. el excelente libro de V.Camps, "Pragmática del lenguaje y filosofía analítica", ed. Península, Barcelona, 1976, especialmente cap. III.

Por tanto, el uso del lenguaje es una actividad específica del hombre e implica una forma peculiar de comportamiento. Los actos lingüísticos constituyen, pues, la forma de comunicarse peculiar del hombre, una actividad sometida a unas reglas: seguir una regla es aceptar unos usos, unas instituciones y costumbres, en definitiva, una práctica (1).

Por lo tanto, los diferentes usos del lenguaje son como juegos, existiendo entre ellos un parecido general, un parecido de familia. Esta visión del lenguaje se opone claramente a la teoría de la representación del "Tractatus", con su idea unilateral de una correspondencia estricta entre la realidad y el lenguaje, y asimismo rechaza la concepción que asimilaba la estructura del lenguaje a la de un cálculo lógico. Al desaparecer la idea de que hay un tipo de lenguaje de superior categoría o de mayor importancia o perfección, desaparece también la idea de que el análisis consiste simplemente en explicar la reconstrucción conceptual de un lenguaje común a un lenguaje formalizado y simbólico. El método filosófico ya no consiste en explicar, sino en describir los diferentes usos del lenguaje. Estos usos son parte de formas de vida, formas de actividad gobernadas por reglas.

El análisis del lenguaje desde la noción básica de "acto lingüístico" destruye la concepción estática del significado que había sido predominante en la semántica tradicional (2). En el Tractatus, la imperfección del lenguaje

- 
- (1) La metáfora del "juego" aplicada al lenguaje no es original de Wittgenstein. Por ejemplo, Saussure usó esta metáfora al comparar el juego del ajedrez con el sistema de la lengua. Ahora bien, para Saussure la idea de "juego" significa sólo que existen unas reglas que determinan los valores relativos y los movimientos de las piezas (del ajedrez o del lenguaje). Por el contrario, Wittgenstein entiende la idea del juego como la realización de una actividad que, si bien está determinada por reglas, es, a su vez, creadora de reglas nuevas. La idea del juego y sus reglas será también aplicada por Hart en el análisis del Derecho. Este empleo de la metáfora del juego ha sido común en la teoría analítica del Derecho y, en general, en la tradición del pensamiento empírico inglés. Como precedente habría que citar a Hume, quien destaca el paralelo entre las leyes y las reglas del juego (Vid. "An Enquiry concerning the Principles of Morals" - (1777) en "The Philosophical Works", ed. T.Hill Green y T.Hodge Grose, 4 vols., Londres, 1882-1886; reed. Aalen, 1964).
- (2) Sobre ello, desde un punto de vista lingüístico, puede ver V. Sánchez de Zavala, "Sobre la historia reciente y la metodología de la semántica", - en "Teoría y Sociedad. Homenaje al prof. Aranguren", Ariel, Barcelona, - 1970, pgs. 9-68.

común es vista como consecuencia de que un mismo signo puede tener diversos usos. La sintaxis lógica se ocupa de corregir tal imperfección, ya que muestra las leyes necesarias e inevitables de cada signo en su relación "lógica" con los demás signos del lenguaje. El signo, para el lógico, es una función proposicional que, independientemente del acto concreto del habla, no significa nada. Es decir, los signos no son primariamente "nombres", sino que el nombrar es una función que ciertos signos suelen desempeñar en el contexto proposicional. Para el Wittgenstein de las "Investigaciones Filosóficas", - la única relación entre el nombre y las cosas es la que ofrece el uso total - del nombre, el cual tiene tantos tipos de relaciones con la realidad, como - usos pueden distinguirse. La aplicación es lo que determina el significado, no la imagen mental (1). La búsqueda del significado no puede hacer caso omiso del contexto, pues cada palabra posee una familia de significados irreducible a uno de ellos (2). El significado de una palabra se aprende a partir de una serie de ejemplos, por medio de unos cuantos "juegos lingüísticos", - siendo esos ejemplos y "juegos" la única explicación del significado (3).

De este modo, para el "segundo" Wittgenstein, la función del lenguaje en el "Tractatus", es, simplemente, uno de los posibles usos del lenguaje con una función representativa de hechos, al que no se le debe conceder ningún tipo de primacía sobre los restantes usos del lenguaje. Existe, pues, un cambio de énfasis: el Wittgenstein del "Tractatus" trataba de buscar la "esencia" del lenguaje, es decir, su naturaleza, pictórica o representativa. En las "Inv. Filosóficas", no importa tanto buscar la esencia, como hablar de los usos y juegos del lenguaje. Esta idea puede llevar a la conclusión de una invertebración del lenguaje (tesis seguida por la Escuela de Cambridge) o a un punto intermedio -representado por la Escuela de Oxford- al tratar de "categorizar" de alguna forma los usos del lenguaje.

---

(1) "Philosophical Inv.", op.cit., para. 79-87 y 140.

(2) "Philosophical Inv.", para. 65, 66 y 67, donde se explica la noción de "parecidos de familia" ("family resemblances").

(3) "Philosophical Inv.", para 77.



El lenguaje del "Tractatus" corresponde sólo a un tipo de discurso, a saber, el uso descriptivo del lenguaje, uso del lenguaje determinado por los factores de verdad o falsedad. En el "Tractatus" el concepto de proposición se determina recurriendo a los valores de verdad o falsedad: esto equivale a decir que llamaremos proposición, en un determinado juego de lenguaje, a algo (cadena o sucesión de signos lingüísticos) que puede ser verdadero o falso. Ahora bien, esto es solo una posible manera de utilizar el lenguaje, que puede encajar con la estructura de un cálculo lógico. Sin embargo para definir una oración, no sólo se emplea un punto de vista desde la sintaxis, sino que, además, hay que recurrir a su uso en un juego de lenguaje que incluya aspectos semánticos y pragmáticos más allá de las exigencias de un cálculo lógico.

¿Cuántos tipos de discurso, o juegos de lenguaje, o usos pueden existir?. En palabras de Wittgenstein, son "innumerables": "...There are countless Kinds countless different Kinds of use of what we call "symbols", "words", "sentences". And this multiplicity is not something fixed, given once for all; but new types of language, new language-games, as we may say, come into existence and others become obsolete and get forgotten..." (1). Estos "usos" son en definitiva, la forma de utilizar el lenguaje según determinadas reglas, en un contexto intersubjetivo. El uso lingüístico es algo social e intersubjetivo, no caben usos individuales o lenguajes privados (2). Este contexto intersubjetivo del uso lingüístico hace posibles dos cosas:

---

(1) "Philosophical Inv.", op.cit., para.23.

(2) Un análisis del problema de los lenguajes privados en Wittgenstein puede verse en A.García Suárez. "La lógica de la experiencia", ed. Tecnos, Madrid, 1976. Este problema ha sido discutido en multitud de ocasiones, de entre las que se pueden destacar los simposios de A.J.Ayer. R.Rhees. "Can There Be a Private Language?", Proceedings of the Aristotelian Society, Supp. vol. XXVIII, 1954. Puede ampliarse información bibliográfica en - J.T.Saunders- D.F.Henze, "The Private-Language Problem. A Philosophical Dialogue", Nueva York, 1967.

- a) que se puede juzgar sobre la corrección o incorrección de la utilización del lenguaje.
- b) que los juegos del lenguaje -sometidos a reglas- no permite prever el comportamiento lingüístico de otros hablantes cuando conocemos sus intenciones, el contexto en el que pronuncian sus actos lingüísticos, etc.

La influencia del último Wittgenstein sobre la filosofía analítica del lenguaje, la filosofía moral, e, incluso la filosofía política contemporánea ha sido muy importante dentro del ámbito cultural anglosajón (1). Dentro del campo de la filosofía del lenguaje, y circunscritos al mundo académico anglosajón, dos han sido las escuelas o "corrientes" filosóficas que han procurado, de alguna manera, continuar el camino abierto por Wittgenstein:

a) en primer lugar, el grupo que podríamos denominar "Escuela de Cambridge" (2): para esta escuela la filosofía se reduce a disolver el problema filosófico, dando preeminencia a este problema sobre todos los demás. El análisis filosófico se convierte en *Wisdom* en una progresiva profundización del problema filosófico, que tiende a poner de manifiesto todas las facetas posibles de éste hasta que disuelto en su condición de problema. Los problemas filosóficos son perplejidades producidas por enunciados paradójicos; ahora -bien, la propia paradoja puede servir para captar aspectos de la realidad sobre los que antes no se había reparado. Pero al darse cuenta de la función y el propósito que cumple la paradoja, la perplejidad cesa y el problema desaparece. El análisis filosófico cura los problemas filosóficos, como el psicoanálisis cura los problemas psicológicos. Para *Wisdom* los problemas filosóficos no se resuelven, sino que se disuelven (por eso se le ha llamado a este tipo de actividad filosófica el "análisis terapéutico", también llamado a veces sin demasiada propiedad, "positivismo terapéutico"). Por ello, sus argu-

---

(1) Un excelente ejemplo de la influencia del segundo Wittgenstein en el campo del pensamiento social y político puede verse en la obra de Hanna Fennichel Pitkin, "Wittgenstein and Justice", University of California Press, California, 1972.

(2) Esta denominación procede de B.A. Farrell. "An Appaisal of Therapeutic Positivism", *Mind*, 1946, pp.25-48, 133-50; el nombre ha servido para aludir al grupo de los discípulos de Wittgenstein en su última fase de Cambridge, grupo dirigido por John Wisdom, sucesor de Wittgenstein -quien a su vez había sucedido a Moore- en su cátedra de aquella Universidad.

mentos toman con frecuencia la forma de diálogo, consistiendo en interminables argumentaciones, en las que se ponen de manifiesto todas las razones posibles a favor y en contra; como todas las posiciones serán aceptables, y en parte, inaceptables, ya que cada una de ellas sirve para poner de manifiesto algo que, desde otros puntos de vista, se pasa por alto, al desaparecer la necesidad de aceptar una posición con preferencia a la otra, desaparece también el problema y la paradoja que le acompaña (1).

b) Ahora bien, el punto de vista de la "Escuela de Cambridge" se extinguió rápidamente, siendo su influencia hoy día casi inexistente. Sin embargo, existía otra posibilidad de continuar el pensamiento de Wittgenstein, posibilidad que, a largo plazo, ha dado muchos mayores éxitos: se trata ahora de estudiar el lenguaje no solamente con el propósito terapéutico de curarnos de ciertas perplejidades o paradojas, sino con el propósito sistemático de descubrir - cuántos tipos o clases de usos hay, cómo se diferencian entre sí y qué relaciones hay entre ellos, cuáles son sus funciones lógicas dentro de determinados contextos, etc. Como ha dicho el profesor Hierro al referirse a esta escuela, su propósito consistiría fundamentalmente en "...un estudio sistemático que no tenga un propósito primordialmente terapéutico, pero que ciertamente tendrá consecuencias definitivas en cuanto a la determinación de los límites dentro de los cuales los problemas filosóficos tienen sentido. Se trata, en definitiva, de una investigación lógica propia de las diferentes regiones particulares del lenguaje" (2). Este criterio amplio, consecuencia indudable de la segunda etapa de Wittgenstein, ha sido por donde ha discurrido casi toda la filosofía analítica de la postguerra en los países anglosajones, dando lugar, en la más importante de sus manifestaciones, la denominada "filosofía del lenguaje ordinario", que es como por antonomasia se conoce al "análisis oxoniense" o practicado por un sector mayoritario de los filósofos de Oxford (3)

---

(1) Como ejemplo del "análisis terapéutico" del lenguaje filosófico, v. J. - Wisdom", *Philosophy, Metaphysics and Psycho-Analysis*", publicado en *Philosophy and Psycho-Analysis*", Oxford, 1953 (hay trad.cast. en la recopilación cit. de J.Muguerza, tomo II, p.420-454, versión de J.C.García-Bermejo, con el título "Filosofía, Metafísica y Psicoanálisis".).

(2) J.S.P.Hierro, "Problemas del análisis...", op.cit., pág. 89.

(3) Aunque la denominación de "filosofía del lenguaje ordinario" se aplica - a veces con la suficiente amplitud como para hacerla extensiva a la práctica de la Escuela de Cambridge, lo más usual es reservarla en exclusiva a la del grupo o "escuela" de Oxford, cuyos representantes más cualificados fueron J.L.Austin y G.Ryle. Sobre este "movimiento" filosófico v. Javier Muguerza, "Introducción. Esplendor y miseria del análisis filosófico", op.cit., p.89 y ss., y bibliografía allí citada.

Es en esta escuela donde la obra de Hart, al menos desde el punto de vista metodológico y del contexto socio-cultural, debe ser enmarcada. Como es bien sabido, el propio Hart ha sido incluido a veces en esta "escuela" (1), siendo amigo personal de J.L. Austin con quien compartió en Oxford numerosas discusiones filosóficas. Por ello, creo que sería interesante dedicar, al menos, un apartado que tratara de resumir brevemente las principales tesis de este "grupo" filosófico de Oxford.

#### A.1.1.2.2. Tesis principales de Ryle y Austin.

Gilbert Ryle (2), en una obra de notable influencia (3), estudió sistemáticamente lo que podría ser denominado la lógica del lenguaje mental, es decir, la lógica de los enunciados sobre los fenómenos mentales. Como él mismo decía, la cuestión no era ofrecer nueva información sobre esos fenómenos, sino determinar la geografía lógica de nuestro conocimiento sobre los mismos (4). No se trataba, pues, de un libro de psicología, sino de lógica. La principal incoherencia criticada en la obra de Ryle era la doctrina de que el comportamiento humano se explica recurriendo a un género de fenómenos supuestamente internos, los fenómenos llamados "mentales", defendiendo, por tanto, -

- 
- (1) En este sentido, vid. Justus Hartnack, "Wittgenstein og den Moderne Filosofi", (Gyldendalske Boghandel, Copenhagen, 1962 (hay trad. cast y prólogo de Jacobo Muñoz, con el título "Wittgenstein y la Filosofía Contemporánea", Ariel, Barcelona, 1972); v. también, Neil MacCormick, "H.L.A. Hart", op.cit., pág. 13.
- (2) Nacido en 1900, ha sido profesor de la Universidad de Oxford desde el final de la II Guerra Mundial hasta su retirada como docente hace algunos años; ha sido sucesor de Moore como editor de la revista "Mind". Sobre la obra de Ryle se puede ver el volumen colectivo de Oscar P. Wood-George Pitcher, eds., "Ryle, A Collection of Critical Essays" Nueva York, 1970. Bibliografía de Ryle, en J. Muguerza, op.cit., pág. 90.
- (3) "The Concept of Mind", op.cit., 1949.
- (4) En este sentido dice Muguerza: "En opinión de los filósofos del lenguaje ordinario, lo más interesante del análisis lingüístico no es, sin embargo, su posible utilización como amortiguador de los problemas filosóficos sino -para decirlo con palabras de Ryle- su contribución al trazado de la "geografía lógica" de los conceptos subyacentes a nuestras expresiones de lenguaje", op.cit., pág. 92.

una dualidad real entre cuerpo y mente. Ryle argumentaría diciendo que esta doctrina es incoherente porque conduce a un regreso infinito, y porque los fenómenos llamados "mentales" pueden explicarse en términos de disposiciones, habilidades y realizaciones.

La consideración unilateral del lenguaje, propia del reduccionismo del atomismo lógico y del análisis neopositivista, provenía de la desmesurada importancia concedida a los lenguajes formalizados propios de la lógica simbólica y la matemática (1). A partir del segundo Wittgenstein se hace una clara referencia al lenguaje ordinario, a la vez que se acentúa una desconfianza hacia las posibilidades del lenguaje formalizado en cuanto instrumento de análisis filosófico. Es más, el propio lenguaje filosófico se iría reduciendo a una función simplemente clarificadora, a un análisis lógico del lenguaje sin ningún tipo de pretensión cognoscitiva. Como escribe Ryle, (2), los expertos que usan términos técnicos de Derecho, de química o fontanería, aprenden a usar esos términos en el ejercicio de las técnicas especiales propias de cada profesión; al carecer los filósofos de un campo propio de conocimiento, sólo se puede recurrir al lenguaje ordinario o lenguaje no técnico. Ahora bien, a diferencia de los filólogos y los lingüistas, el análisis filosófico se ocupa de conceptos, entendiendo por este término el modo de operar con una expresión —o con cualquier otra expresión equivalente a ésta—: esto es en definitiva el uso de esa expresión o clase de expresiones. En este sentido, podrá decir el profesor Hierro: "...no habiendo justificación para una supuesta terminología filosófica (distinta de la puramente lógica) y habiendo razones para desconfiar de que la lógica formal contenga todos los elementos necesarios para un entendimiento conceptual de nuestro lenguaje. Todo, se imponga recurrir al uso de las expresiones en el lenguaje ordinario. Por "lenguaje ordinario" se entenderá el lenguaje común y corriente, contrapuesto tanto a "lenguaje

---

(1) Sobre la decadencia del análisis reductivo en la filosofía analítica inglesa, v. J.O. Urmson, "El análisis filosófico", op.cit., pgs. 172-189.

(2) "Ordinary Language", en "Philosophical Review," 1953.

je técnico" como a "lenguaje formalizado" o "artificial". En cuanto a "uso" lo importante es tener en cuenta el sentido conceptual en que se toma este término" (1). El problema del significado y del lenguaje debe plantearse en los términos del uso de las expresiones, pudiendo determinarse su corrección o incorrección en función de nuestra experiencia cotidiana como usuarios del lenguaje o, en última instancia, acudiendo a los expertos y a sus obras (por ej., los diccionarios).

El uso de una expresión no debe ser confundido con el criterio de utilidad ("...Lo relevante es el uso en el sentido de utilización, no en el sentido de utilidad" (2)) o con el "uso" ("use") entendido como "uso social" - ("usage"): el término "uso" queda dentro del ámbito del análisis filosófico -problemas lógicos- mientras que los problemas que corresponden al término - "uso social" son problemas sociológicos, que permanecen fuera del ámbito del análisis filosófico. Por ello, el mal uso o uso incorrecto de un término o expresión consistirá en utilizar ese término o expresión para cumplir un propósito que no le corresponde, teniendo como consecuencia la determinación de las posibilidades de combinación correcta de ese término o expresión con otros en el lenguaje. La preocupación del filósofo analítico es una preocupación lógica, no una preocupación empírica ni sociológica. Ahora bien, la lógica formal es demasiado reducida y abstracta para dar cuenta de la riqueza del lenguaje ordinario (3). Como dice Ryle (4), lo que interesa es la lógica informal del empleo de las expresiones, es decir, la naturaleza de los errores lógicos que la gente comete o puede cometer si combinan sus palabras de determinadas formas.

---

(1) J.S.P.Hierro, "Problemas del análisis...", op.cit., pág. 27.

(2) J.S.P.Hierro, "Problemas del análisis...", op.cit., pág. 28.

(3) Esta misma opinión tiene Hart con respecto a la simbolización formal de la lógica deóntica, según me confesó en una de mis conversaciones con él en Oxford.

(4) "Ordinary Language", op.cit., pág. 127.

A pesar de que Ryle fué el pionero de la filosofía analítica del lenguaje ordinario (con precedentes en Moore y Wittgenstein), ha sido la obra de J.L.Austin, publicada en su mayor parte después de su muerte, la que ha ejercido durante los últimos años más influencia que ninguna otra en el contexto de la filosofía analítica del lenguaje ordinario y muy especialmente en Oxford (1). Austin estaba convencido de que el lenguaje "ordinario" -en cuanto contrapuesto al lenguaje "técnico" de los filósofos- atesora un depósito secular de sutiles distinciones que merecen ser filosóficamente relevantes -si bien, el análisis del lenguaje ordinario constituye, tan sólo, un comienzo inexcusable, pero no una coronación definitiva de la investigación filosófica-. Austin creía estar contribuyendo al nacimiento de una nueva ciencia del lenguaje, que, algún día, se habría de emancipar de la filosofía tal y como otras ciencias lo habían hecho a lo largo de la historia. El juicio so

- 
- (1) John Lagshaw Austin (1911-1960) -profesor en la Universidad de Oxford desde 1952 hasta su temprana muerte -llegó a publicar en vida, por ejemplo, "A Plea for Excuses", *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol.LVII, 1956-57, p. 1-30; junto con otros trabajos muy conocidos -entre ellos, - "Other Minds", "Truth", "Ifs and Cans", "Performative Utterances", etc.- el citado trabajo se encuentra recogido en "Philosophical Papers", ed.J. O.Urmson- G.J.Warnock, The Clarendon Press, Oxford, 1961 (hay trad. cast. y presentación de A.García Suárez, "Ensayos Filosóficos", ed. Revista de Occidente, Madrid, 1975). Otros volúmenes póstumos del autor, son "Sense and Sensibilia", ed. G.J.Warnock, Oxford, 1962 y "How to Do Things with Words", ed. J.O.Urmson, 1962 (hay tra.cast. y prólogo de G.R. Carrió y E. A.Rabossi, "Palabras y Acciones", Paidós, Buenos Aires, 1971). A pesar - de sus escasos años de docencia -que compartió algunas veces con Hart- y al corto número de sus publicaciones, se puede asegurar que la obra de - Austin ha sido una de las de mayor audiencia en la filosofía analítica de la postguerra mundial. Sobre su obra, puede verse el volumen colectivo K. T.Farn, ed., "Symposium on J.L.Austin", Londres-New York, 1969 y el también volumen colectivo "Essays on J.L.Austin", The Clarendon Press, Oxford, 1973 (ensayos de I.Berlin, D.F.Pears, J.R.Searle, L.W.Ferguson, G.Pitcher, P.F.Strawson y G.J.Warnock).

bre esa ciencia del lenguaje corresponde en definitiva a los lingüistas, sean teóricos de la lingüística o lexicógrafos (1).

En relación con la actitud frente al lenguaje ordinario, se han atribuido a Austin dos tesis básicas. Según la primera, el lenguaje ordinario constituye un modelo perfecto del lenguaje, del que no caben críticas ni enmiendas. De acuerdo con la segunda, los problemas filosóficos se originan exclusivamente en virtud de confusiones lingüísticas o en abusos de lenguaje. La tesis fuerte afirma que todas las distinciones verbales que una distinción detallada del lenguaje ordinario revela son distinciones "bene fundatas" y suficientes para resolver los problemas filosóficos; la introducción de nuevas distinciones por parte de los filósofos tan sólo puede añadir -según esta tesis- complejidad innecesaria y confusión al lenguaje. Por el contrario, la tesis débil afirma que, aunque es conveniente y necesario introducir distinciones filosóficas, esto no debe hacerse sin un previo y detallado estudio de las distinciones del uso común que aquéllas vienen a completar (2).

Austin jamás sostuvo de forma contundente ninguna teoría particular acerca de la estructura y solución de los problemas filosóficos. Mantenía una estrecha concepción de la filosofía, la concepción que Russell había expresado diciendo que la filosofía es aquello que todavía no es ciencia. Esta concepción puede verse en el párrafo final de "Ifs and Cans" (3), en el que llega a decir con un lenguaje metafórico: "En la historia de la investigación humana, la filosofía ocupa el lugar del sol central inicial, seminal y tumultuoso: de tiempo en tiempo se desprende de alguna porción de sí mismo que toma posición como una ciencia, un planeta, tibio y bien regulado, que progresa regularmente hacia un distante estado final. Esto sucedió hace tiempo con el

- 
- (1) Sobre este punto, v.J.R.Searle, ed., "The Philosophy of Language", op.-cit., introducción, p.1-12, así como su libro, "Actos de habla", op.cit. Habría que recordar que tanto J.O.Urmson (historiador semioficial de la filosofía analítica desde un punto de vista oxoniense) como Stuart Hampshire fueron alumnos de Austin, si bien difieren ampliamente en cuanto a sus respectivas orientaciones filosóficas.
  - (2) Sobre esta tesis doble, vid. S.Hampshire, "J.L.Austin, 1911-1960", Proceedings of the Aristotelian Society (1959-60). Reimpreso en K.T.Fann, -"Symposium...", op.cit., Urmson y Warnock, en sus comentarios sobre el artículo de Hampshire ("Symposium...", op.cit.), rechazaron rotundamente ambas tesis.
  - (3) "Ifs and Cans" (1956) fué publicado en las "Proceedings of the British Academy", Hay trad. cast. "Sis y puedes", en "Ensayos filosóficos", op.-cit., texto de la cita en la p.215.



nacimiento de la matemática, y después con el nacimiento de la física; tan sólo en el siglo pasado hemos presenciado el mismo proceso una vez más, lento y en su momento casi imperceptible, con el nacimiento de la ciencia de la lógica matemática, mediante la labor conjunta de filósofos y matemáticos. ¿No es posible que el siglo venidero pueda ver el nacimiento, mediante la labor conjunta de filósofos, gramáticos y otros numerosos estudiosos del lenguaje, de una verdadera y exhaustiva "ciencia del lenguaje"? Entonces nos libraremos de una parte más de la filosofía (aún quedarán muchísimas) de la única manera en que podemos siempre librarnos de la filosofía, lanzándola hacia arriba".

Ahora bien, esta concepción estrecha de la filosofía no fué seguida - por Austin en el desarrollo y práctica de su actividad filosófica. Austin - procedió a resolver muchas de las cuestiones filosóficas clásicas mediante un estudio detallado y minucioso de los usos de nuestras palabras y expresiones ordinarias, y de las distinciones que ellas marcan. Las aserciones de Austin acerca del método filosófico se hallan siempre rodeadas de cláusulas y matizaciones que las desproveen de generalidad. No obstante, Austin justifica el método con las siguientes palabras: "En primer lugar, las palabras son nuestras herramientas y, como mínimo, debiéramos usar herramientas pulidas: debiéramos saber qué significamos y qué no, y debemos estar prevenidos contra las trampas que el lenguaje nos tiende. En segundo lugar, las palabras no son (excepto en su propio pequeño rincón) hechos o cosas: necesitamos, por tanto, - arrancarlas del mundo, mantenerlas aparte de y frente a él, de modo que podamos darnos cuenta de sus inadecuaciones y arbitrariedades y podamos remirar el mundo sin anteojos. En tercer lugar, y, lo que es más esperanzador, nuestro común "stock" de palabras incorpora todas las distinciones que los hombres - han hallado conveniente establecer, durante la vida de muchas generaciones; seguramente es de esperar que éstas sean más numerosas, más razonables, dado que han soportado la larga prueba de la supervivencia del más apto, y más sutiles, al menos en todos los asuntos ordinarios y razonablemente prácticos, que cualesquiera que plausiblemente usted o yo excogitásemos en nuestros sillones durante una tarde el método alternativo más socorrido" (1).

---

(1) J.L. Austin, "Un alegato en pro de las excusas", en "Ensayos filosóficos", op.cit., pág. 174.

Por tanto, según Austin, el lenguaje ordinario es un punto de partida necesario, digno de toda atención, que debe comprometer nuestra investigación filosófica. Las palabras que se emplean a diario son herramientas de las que nos valemos para llevar a cabo múltiples tareas. Ahora bien, esto no significa que Austin sostenga la tesis de que el lenguaje ordinario es sacrosanto y que la innovación lingüística es siempre rechazable (tesis fuerte). El propio Austin introdujo numerosos tecnicismos filosóficos (realizativos, constatativos, actos réticos, fuerzas ilocucionarias, etc). Ahora bien, Austin pensó que los filósofos habían introducido distinciones torpes y simplificadoras que oscurecían las distinciones sutiles e inteligentes que el habla común llevaba incorporadas. No obstante, si bien su darwinismo conceptual implica un perfeccionamiento del uso del lenguaje ordinario, éste no es inapelable ni definitivo: "Ciertamente, pues, el lenguaje ordinario no es la última palabra: en principio, en todo lugar puede ser complementado y mejorado y suplantado. Pero recordemos, es la primera palabra" (1). Austin, pues, se adhirió a una tesis mucho más moderada, a una tesis débil (la terminología también es de Hampshire), que incluye los siguientes pasos:

a) las distinciones que se pueden encontrar en el lenguaje ordinario justifican por lo general una razón de ser que puede y debe explicitarse.

b) el lenguaje ordinario constituye el punto de partida para todas las investigaciones lingüísticas y conceptuales, así como su último criterio de contrastación y referencia.

c) el lenguaje ordinario debe ser completado y mejorado, según la naturaleza del interés que nos guía.

d) si bien el análisis del lenguaje ordinario puede constituir un fin - en sí mismo", en última instancia, "...Cuando examinamos que diríamos cuándo, qué palabras usaríamos, en qué situaciones, no estamos tampoco meramente considerando las palabras (o "los significados", sean los que fueren), sino también las realidades, para hablar de las cuales usamos las palabras; estamos empleando una agudizada percepción de las palabras para agudizar nuestra per-

---

(1) J.L.Austin, "Un alegato...", op.cit., pág. 177.

cepción de, aunque no como el árbitro final de los fenómenos" (1).

Austin sugiere la expresión "fenomenología lingüística" como nombre para este modo de hacer filosofía —aunque señaló que— es un tanto rimbombante. (2). La razón por la que prefirió esta expresión a las más comunes de filosofía "analítica" o "lingüística", es que éstas contienen la "suggestio falsi" de que aquello en lo que estamos interesados son simplemente cuestiones verbales, y no los fenómenos que subyacen al lenguaje. Ahora bien, no son las afirmaciones de Austin, sino su práctica filosófica, la que nos permite analizar la peculiaridad de su obra en contraste con las obras de otros autores —que se han ocupado de problemas semejantes abordados con métodos similares. Para Austin no existe un método privilegiado. Austin solía escandalizar a sus oyentes diciendo que para clarificar un determinado problema podía bastar con tener a mano un buen diccionario (3): habría que leerlo cuidadosamente y con inteligencia, inventariando todas las palabras relacionadas con la cuestión, o —método alternativo—, extraer de él los significados de los términos relevantes previamente seleccionados con un criterio amplio. En uno y otro caso, habría que analizar cuidadosamente las palabras y significados obtenidos, describiendo con rigor las complejas relaciones que ellos tienen dentro del lenguaje ordinario. De esta manera se podrían ir formulando grupos o familias de expresiones cuya ordenación permitiría clarificar un campo más o menos amplio, en función de nuestras intenciones y del carácter más o menos comprensivo de la selección inicial. Austin no poseyó una metafilosofía desarrollada, pero sí una técnica de laboratorio detallada (4): como hemos dicho, se acon-

---

(1) J.L.Austin, "Un alegato...", op.cit., págs. 174-175. Hay que tener en cuenta que parte de esta cita es alegada por Hart en su prefacio a la primera edición de su obra "El Concepto de Derecho", como punto central de su metodología.

(2) J.L.Austin, "Un alegato...", op.cit., pág. 175.

(3) "Un alegato...", op.cit., pág. 178. De Austin se dice que había leído varias veces entero el "Little Oxford Dictionary".

(4) La conferencia numerosas veces citada, "Un alegato.." es el lugar al que tenemos que acudir para este tema. Los diversos escritos de Urmson y Warnock, ya citados, nos ayudan a completar la información. En este sentido, vid. J.D.Urmson, "J.L.Austin", Journal of Philosophy, LXII, 19 (7-X-1965), p.499-608; presentado en un symposium sobre "La Filosofía de John Austin", en la LXII reunión anual de "The American Philosophical Association", Eastern Division, 9-XII-1965; W.V.Quine: "J.L.Austin: Comment", Journal of

seja, como paso previo, acotar un campo conceptual determinado; a ser posible debe ser un área lingüística en la que el lenguaje ordinario sea rico y un área que "no esté demasiado pateada con el barro o las roderas de la filosofía tradicional, pues en este caso incluso el lenguaje 'ordinario' se habrá a menudo infectado con la jerga de las teorías extintas" (1). Una vez acotado el campo a investigar, se debe hacer una lista de todas las palabras y expresiones relevantes en él, incluyendo no solamente sustantivos, adjetivos y verbos, sino también adverbios y preposiciones. La etapa siguiente consiste en imaginar o coleccionar anécdotas en las que se haga uso de las expresiones de la lista (2). Con ello, conceptos filosóficos importantes -realidad, verdad, conocimiento, acción, libertad, etc- pueden ser esclarecidos -mediante el análisis pormenorizado de un conjunto de conceptos que los rodean, y que han pasado numerosas veces inadvertidos a los filósofos.

Ahora bien, ¿no es esto simplemente gramática o lingüística? ¿este método realmente ayuda a solucionar problemas filosóficos?. En primer lugar habría que decir que Austin nunca pretendió fijar una línea de demarcación entre la actividad y el interés de los lingüistas y los filósofos, sino que ambas tareas le parecían complementarias y propulsoras de una futura ciencia lingüística autónoma. Quizá su obra más acabada en donde formula una teoría de

---

cont.-philosophy, LXII, 19 (7-10-65), 1509-510; resumen de un trabajo leído ante el APA, Eastern Division, 9-12-65; Stuart Hampshire, "J.L. Austin and Philosophy", Journal of Philosophy, LXII, 19 (7-10-65), p.511-513, resumen de un trabajo leído ante el APA, Eastern Division, 9-12-65. Estos tres artículos se encuentran traducidos en J. Muguerza, "La concepción analítica de la filosofía", op.cit., pgs. 529-651.

- (1) "Un alegato...", op.cit., p.175. Este tipo de trabajo deberá llevarse a cabo en equipo; el número óptimo sería el de doce personas, en opinión de Austin.
- (2) Aquí, como en la anterior etapa, se puede acudir a documentos, o bien remitirse a la propia imaginación. El caso judicial de la Corona contra Finney, que aparece en "Un alegato..." (p.185 y ss), procede de los seminarios en los que Austin colaboraba con H.L.A.Hart, después de la segunda guerra mundial, y en los que, se examinaban nociones jurídicas asociadas a los conceptos de acción y responsabilidad. De estos seminarios Hart desarrollaría, posteriormente, una serie de artículos fundamentales sobre filosofía jurídico penal en torno a los conceptos de castigo y responsabilidad (v. "Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law", Clarendon, Press, Oxford, 1968); sobre el concepto de acción y causación en el Derecho, vid., infra, en el apartado correspondiente a la filosofía analítica de la acción.

actos lingüísticos (1) podría ser el inicio de una nueva concepción del análisis del lenguaje en el sentido indicado. Los trabajos de Austin son prueba del valor intrínseco que tienen los análisis del lenguaje ordinario ligados a problemas que han preocupado a los filósofos, problemas que Austin intenta solucionar, o al menos, aclarar. Austin creía que este tipo de "investigación introspectiva en semántica, realizada por grupos de hablantes nativos" (2) - era similar a un trabajo empírico de campo de cualquier otra índole. No obstante, detrás de la elección de cada tema a investigar, subyacía una intención filosófica que Austin demuestra en la mayoría de sus trabajos (por ejemplo, el tema de las "excusas" es filosóficamente relevante por su conexión con los problemas de la responsabilidad y la libertad (3). Por otro lado, es evidente la existencia de una conexión entre la gramática lógica o filosófica y la lingüística. El valor filosófico de una distinción gramatical reside en su contribución a la clarificación de estructuras conceptuales. Es por ello por lo que, independientemente de la vaguedad del concepto de "filosofía", la actividad de Austin podría ser considerada como una actividad filosófica.

---

(1) "Palabras y Acciones", op.cit.

(2) De este modo es caracterizada la técnica de Austin por W.V.Quine, op.cit. p.539.

(3) Con respecto al tema de las "excusas", Hart, retomando el contexto general de la metodología austiniana, hace en el C.D. una distinción fundamental entre "excusa" y "justificación": para Hart, la responsabilidad jurídica no queda necesariamente excluida por la demostración que el acusado no podía haber observado la norma que transgredió; por el contrario, en el campo de la moral, la expresión "no puede evitarlo" es siempre una excusa, y sólo una excusa. Si las buenas intenciones fueran una justificación para hacer lo que las reglas morales prohíben, no se podría objetar la acción de un hombre que, accidentalmente, y a pesar de haber tomado todas las precauciones, ha matado a otro. La muerte de un hombre por otro en legítima defensa está justificada, porque matar en tales circunstancias es un tipo de conducta que el Ordenamiento Jurídico no tiene interés en impedir. Cuando alguien es excusado porque ha transgredido una norma sin intención, la concepción moral subyacente -dice Hart- no es que esta acción es del tipo de aquellas que el Derecho permite o incluso acoge favorablemente. Ahora bien, este aspecto del "carácter interno" de la moral no significa que ésta no es una forma de control de la conducta externa; esto significa solamente que es condición necesaria de la responsabilidad moral que el individuo tenga un cierto tipo de control sobre su conducta. Termina Hart la argumentación diciendo: "Aún en el campo moral hay una diferencia entre 'X no hizo nada malo' y 'X no pudo evitar hacer lo que hizo'" (C.D., op.cit., p.222).

No creo que sea necesario insistir en las semejanzas y diferencias entre Austin y Wittgenstein (1). En este punto no comparto la opinión de los profesores Carrió y Rabossi (2) para quienes Wittgenstein no influyó en las ideas de Austin. Quizá podría ser acertado sostener la ausencia de una influencia directa de Wittgenstein sobre metodología y propósitos de la obra de Austin, aunque considero inadmisibile el negar una influencia mas generalizada y contextual del segundo Wittgenstein sobre el pensamiento filosófico de Austin. La importancia de Wittgenstein en el origen y desarrollo de la filosofía oxoniense después de la segunda Guerra Mundial es tan evidente, que la pretensión de sostener una separación y demarcación teórica entre ambos autores es tan audaz como inconsistente.

¿Qué tipo de conclusiones se pueden obtener de la construcción teórica de Austin? Trataré de resumirlas a continuación.

En "Other Minds" (3), Austin introduce por vez primera un concepto cuyo desarrollo le llevaría a las construcciones teóricas más elaboradas de sus escritos: la emisión ejecutiva, realizativa o performativa (4). Austin distin

- 
- (1) Las semejanzas son evidentes. Sobre las diferencias, vid. D.Pears, "An - Original Philosopher", The Times Literary Supplement (9 de febrero de 1962;) reimpresso en K.T.Fann, "Symposium...", op.cit., del mismo autor, "Wittgenstein and Austin", en B.Williams y A.Montefiore (eds): "British Analytical Philosophy", Londres, Routledge Kegan Paul, 1966. En este sentido, A.G<sup>a</sup> Suarez, en la presentación de su traducción de los "Ensayos Filosóficos", ha dicho: "A menudo se tiene la impresión de que Wittgenstein y Austin difieren como un gramático de un lexicógrafo" (op.cit., p.17).
  - (2) V.Introducción a su traducción ya citada, "Palabras y Acciones", p.23.
  - (3) Proceedings of the Aristotelian Society, Supl. Vol.XX (1946), págs. 148-87 (simposium con John Wisdom); hay trad.cast. en "Ensayos filosóficos", op.cit., con el título "Otras mentes", pgs.87-117.
  - (4) La traducción de la expresión "Performative Utterance", ha sido muy controvertida. Por ejemplo, el traductor de los "Philosophical Papers" de Austin al castellano, Alfonso García Suárez, emplea el giro "Emisiones realizativas", en lugar de "Expresiones realizativas", traducción esta última de Carrió y Rabossi (sobre esta discusión terminológica, vid. la nota del traductor en los "Ensayos filosóficos", op.cit., p.217). Por mi parte, creo que el término "expresión ejecutiva" puede ser tan válido como el de "emisión/expresión realizativa". Sobre este concepto, vid. J.L.Austin "Performative Utterances", conferencia difundida por la BBC de Londres en 1956 (incluida en los "Ensayos filosóficos", op.cit., p.217-231); "Performatif-Constatif", trabajo leído en las reuniones que tuvieron lugar en Royaumont en 1958 ("La Philosophie Analytique", Les Editions de Minuit, 1962, p.271-281, traducido al inglés por Warnock e incluido en la compilación "Philosophy and Ordinary Language", de Charles E.Caton, Illinois (USA), 1963, p.22 y ss); lo que Austin dejó sobre el tema de la teoría general de los actos lingüísticos puede verse, en su forma más desarro-

que dos tipos de expresiones: 1) expresiones constativas ("constative") y - 2) expresiones ejecutivas ("performative"). Mientras que las primeras sirven para describir los hechos y las cosas -pudiendo ser, en consecuencia, verdaderas o falsas-, las segundas se utilizan, no para decir cómo son las cosas, sino para ejecutar alguna acción. Las expresiones "Prometo hacer X", "Te ordeno X", "Te apuesto X", son expresiones ejecutivas, puesto que, ni son verdaderas o falsas, ni tampoco al proferirlas se describe la realización de un - acto, sino que, o bien se hace una promesa o una apuesta, o se dicta determinada orden (1). Ahora bien, aunque una expresión ejecutiva no es verdadera - ni falsa, hay una serie de circunstancias bajo las cuales puede ser afortunada o desafortunada. Así, por ejemplo, en el caso de la apuesta, si yo no tengo dinero, mi emisión se resentirá de un tipo de infortunio distinto del que la afecta cuando yo lanzo la apuesta a un sujeto que no la acepta. Así, la - teoría de los infortunios trata de clasificar las causas que pueden provocar el que algo ande mal en la emisión (2).

---

cont.-llada, en su libro ya citado, "How to do things with words", con los - antecedentes, ya citados, de "A plea for excuses" y en "Ifs and Cans". - Una crítica de la filosofía del lenguaje de J.L. Austin puede verse en R. M. Hare "Practical Inferences", MacMillan, Londres, 1971, especialmente - los caps V ("Meaning and Speech Acts", p.74 y ss) y VI ("Austin's Distinction between Locutionary and Illocutionary Acts", p. 100 y ss).

- (1) Con respecto a estas expresiones, Hart ofrece muchos ejemplos jurídicos del "uso del lenguaje... para hacer algo". Por ejemplo, "otorgar un legado en un testamento" ("I hereby bequeath"), o el lenguaje de las promulgaciones legislativas ("It is hereby enacted"). Vid. Hart, "Analytic Jurisprudence in Mid-twentieth Century; a Reply to Professor Bodenheimer", 105 Univ. of Pennsylvania Law Review, p.953-75, cit., p.962, 1957. Hart pensó que la teoría austiniana de las expresiones ejecutivas ("performative") tendría que haberse denominado teoría de las expresiones "operativas" - ("operative"), en analogía a los términos "operativos" de los documentos jurídicos. Un análisis inteligente de estas expresiones puede verse en el cap.VIII de la 2ª ed. -en realidad, nueva y diferente edición- del libro de K.Olivecrona. "Law as Fact". Stevens Sons, Londres, (hay trad.cast. de Luis López Guerra, "El Derecho como hecho", Labor, Barcelona, 1980).
- (2) En definitiva, la distinción trata de superar la distinción que Wittgenstein hacía al reducir los criterios de verdad o falsedad a ciertos tipos de expresiones, de las que se predicaba un significado unilateral (me estoy refiriendo, claro está, al Wittgenstein del "Tractatus" y a sus discípulos neopositivistas).

Al llevar a cabo esta distinción, Austin se propuso desmitificar el carácter privilegiado que los filósofos y los lógicos había atribuido a los "enunciados declarativos" o "descriptivos", a las "aserciones" o "proposiciones". La presuposición obstinada de que únicamente tienen interés teórico los enunciados descriptivos fué denominada por Austin "falacia descriptiva": "Suponer que "Yo sé" es una frase descriptiva, es sólo un ejemplo de la falacia descriptiva, tan común en filosofía (...). La emisión de expresiones apropiadas, no es 'describir' la acción que estamos haciendo, sino 'hacerla' ('I do') (1).

Sin embargo esta dicotomía entre expresiones constativas y ejecutivas fué posteriormente rechazada por el propio Austin (2). En primer lugar, parece que no es posible encontrar criterios formales adecuados para mantener la distinción. El reducir estos criterios a la primera persona del singular del presente de indicativo no sirve, porque hay emisiones o expresiones ejecutivas que adoptan otras formas gramaticales. Además, utilizar el lenguaje con una función constatatativa también es "hacer algo" por medio del lenguaje. Si digo, "afirmo que está lloviendo", o "informo que el agua hierve a 100 grados centígrados", los verbos "describir" e "informar" implican también una emisión ejecutiva.

La reacción de Austin a este tipo de complicaciones consistió en dar un giro y reconsiderar todos los sentidos en que decir algo es hacer algo, reconsideración que lleva a cabo mediante una teoría de los actos del habla. Teniendo en cuenta las conferencias VII-XII de su obra principal ya citada, -

---

(1) "Otras Mentes", en "Ensayos filosóficos", op.cit. pág. 23.

(2) En este sentido, vid. "Palabras y Acciones", op.cit., Los primeros cuatro capítulos de este libro ponen de manifiesto las condiciones necesarias que deben cumplirse para que las expresiones ejecutivas sean satisfactorias. En el cap. V. se introduce una pregunta fundamental: ¿qué criterios puede ofrecerse para distinguir las expresiones ejecutivas de las expresiones constatatativas?. Esta cuestión ocupa los capítulos V, VI y VII, y los múltiples esfuerzos hechos en ellos fracasan rotundamente. A partir de aquí, y desdibujada la anterior distinción, Austin se propone un nuevo punto de partida: considerar en qué sentido o sentidos se puede afirmar que "decir algo es hacer algo"; la respuesta consiste en ofrecer un esquema teórico que permita racionalizar los sentidos más importantes de aquella expresión mediante una teoría de los actos del habla.



podríamos resumir su teoría en los siguientes términos: para Austin un acto lingüístico es un acto que se realiza por medio del lenguaje. Una clasificación de los actos lingüísticos equivale, en definitiva, a una clasificación de los usos lingüísticos. Austin distingue tres tipos de actos que podemos realizar cuando proferimos una emisión (1):

1) Acto locutivo o locucionario, es decir, el acto de decirlo, el acto que consiste en emitir ciertos sonidos con cierta entonación o acentuación, (aspectos fonético), sonidos que pertenecen a un vocabulario y que se emiten siguiendo cierta construcción (aspecto fático), teniendo además asignado cierto "sentido" y "referencia" (aspecto rético).

2) Acto ilocutivo o ilocucionario, es decir, el acto que llevamos a cabo al decir algo, como puede ser prometer, advertir, afirmar, felicitar, bautizar, saludar, insultar, definir, amenazar, etc. En este caso se habla también de "fuerza" ilocutiva como característica del acto locutivo.

3) Acto perlocutivo o perlocucionario, es decir, el acto que llevamos a cabo porque decimos algo, por ejemplo, intimidar, convencer, ofender, apenar, etc. Así pues, este acto consiste simplemente en los efectos que tienen nuestros actos lingüísticos.

Mientras que la conexión entre lo que decimos en cuanto acto de decirlo (dimensión locucionaria del lenguaje) y las consecuencias que contingentemente sobrevienen porque lo hemos dicho (dimensión perlocucionaria del lenguaje), es una conexión causal, la relación entre la dimensión locucionaria y lo que hacemos al decir algo (dimensión ilocucionaria) es una relación -según Austin- convencional. Del mismo modo, mientras que el significado de las expresiones (en un sentido tradicional) es parte del acto locucionario, la fuerza de ellas está incluida totalmente en el acto ilocucionario.

---

(1) "Palabras y Acciones", op.cit., p. 138 y ss. Es curioso observar el paralelismo de la distinción de J.L. Austin con la distinción de la teoría jurídica inglesa entre 1) actos en sentido estricto (movimientos físicos - del agente, tales como apretar el gatillo de un arma) 2) actos y circunstancias (transgresión de una norma, perjurio, bigamia) y 3) actos consecuencias (asalto, agresión, homicidio). Vid. J. Austin, "Lectures on Jurisprudence", lect. 18 (ed. de R. Campbell, Londres, John Murray, 1885). Una crítica de esta distinción puede verse en "Salmond on Jurisprudence", - Sweet & Maxwell, 12ª ed., ed. P.J. Fitzgerald, Londres, 1966, p. 354 y ss.

Sin duda, la noción clave de las introducidas por Austin es la de acto o fuerza ilocucionaria, estudio que debe considerarse complementario del significado locucionario. En realidad, la teoría de los actos lingüísticos ("actos de habla" o "actos de discurso" -"speech acts"-) fue una construcción teórica importante para algunas cuestiones concretas. Por ejemplo, en el análisis del lenguaje moral, los neopositivistas habían recurrido, al analizar su significado, a los efectos del lenguaje moral, es decir, en terminología de Austin, a la función perlocucionaria del lenguaje. Sin embargo, para Austin, un análisis del discurso moral no era correcta si se hacía recurriendo a los efectos: es necesario analizar el tipo de actos lingüísticos que se llevan a cabo con el lenguaje moral (1).

Dentro de esta estructura, la distinción inicial entre constativo y ejecutivo quedó superada por la clasificación general de las fuerzas ilocucionarias. Esta clasificación podría resumirse del siguiente modo: (2).

1) Actos veredictivos: actos que pronuncian un veredicto, es decir, se usan para pronunciar un veredicto (3), ya sea por un jurado, o árbitro, etc. No es necesario que sean definitivos; pueden consistir en una estimación, en un cálculo o en una apreciación. Son, por ejemplo, "condenar", "absolver", -"valorar", etc.

2) Actos ejercitativos: expresan una decisión a favor o en contra de una forma de conducta. Consisten en el ejercicio de potestades, derecho o influencia. Por ejemplo, "designar", "votar", "ordenar", "instar", "aconsejar", "prevenir", etc.

3) Actos compromisivos: tienen como caso típico el prometer o el comprometer de otra manera; comprometen a uno a hacer algo, pero incluyen también

---

(1) Un ejemplo de la filosofía moral neopositivista puede verse en C.L. Stevenson, "Ethics and Language", Yale University Press, 1945, (hay trad. cast. de Eduardo A. Rabossi, con el título "Ética y Lenguaje", Paidós, Buenos Aires, 1971), para quien la característica de los juicios morales no consiste en expresar creencias u opiniones, sino en expresar actitudes y en influir en las actitudes ajenas.

(2) "Palabras y Acciones", op.cit., pág. 198 y ss.

(3) La traducción de Carrió y Rabossi es la de actos o verbos de judicación o judicativos (pág. 198). Del mismo modo son traducidos por A. García en su traducción ya citada de los "Ensayos filosóficos".

las declaraciones o anuncios de intención, que no son promesas, y también expresiones vagas, que se pueden llamar "adhesiones", tales como tomar partido. - Son, por ejemplo, "prometer", "proponer", "consentir", "aceptar".

4) Actos comportativos: expresan una actitud frente a la conducta de alguien. Por ejemplo, "pedir disculpas", "felicitar", "elogiar", "dar el pésame", "maldecir", "desafiar".

5) Actos expositivos: exponen opiniones y puntos de vista; ponen de manifiesto el modo cómo nuestras expresiones encajan en un argumento o conversación, cómo estamos usando palabras. Por ejemplo, "afirmar", "negar", "informar", "describir", "argüir", "contestar".

La teoría de las fuerzas ilocucionarias es probablemente la más amplia, positiva y creadora construcción teórica de Austin. Sin embargo, esta clasificación de actos lingüísticos no ha aclarado problemas claves. Su aplicación a campos concretos (como por ejemplo la Ética o el Derecho) no ha solucionado problemas, ya que los problemas del Derecho o la Ética no son meramente lingüísticos, sino de otro tipo en el que influyen categorías que superan el marco lingüísticos, como son las valoraciones, la praxis, el poder, etc. Ahora bien, desde el punto de vista analítico, si aclaran problemas (1).

Evidentemente, la teoría de las fuerzas ilocucionarias, tal y como ha sido formulada por Austin, puede ser sometida a crítica en muchos de sus puntos (2). Aquí tan sólo me voy a referir a dos cuestiones generales que podrían ser formuladas del siguiente modo: a) en primer lugar, se podría decir que - la clasificación de Austin, en lugar de clasificar actos lingüísticos, lo que está haciendo es una clasificación de verbos ilocutivos, por lo que, en repetidas ocasiones suele haber un solapamiento entre los verbos de los distintos grupos. Es decir, se puede producir el caso de que algunos verbos sinónimos se encuentren en grupos distintos.

---

(1) Ver, por ejemplo, Kazimierz Opalek, "'Doing thing with words' and the law", Anuario de Filosofía del Derecho, tomo XVII, 1973/74, p.233-243; H.Ph.Visser't Hooft, "La philosophie du langage ordinaire et le droit", Archives de Philosophie du Droit, 1972, tomo XVII, p.261-284; M.A.Cattaneo, "Chronique de philosophie analytique du langage dans ses applications au droit", Archives de Philosophie du Droit, nº 6, 1961.

(2) Críticas generales de la filosofía analítica del lenguaje pueden verse - en Ernest Gellner, "Words and Things", 1959 (hay trad.cast. de M.Acheroff, "Palabras y Cosas", Tecnos, Madrid, 1962), y C.W.K.Mundle, "A Critique of Linguistic Philosophy", Oxford University Press, 1970 (hay trad.cast. de M.Martínez Peñaloza, "Una crítica de la filosofía lingüística", FCE, México, 1975).

b) en segundo lugar, la clasificación de Austin no obedece a criterios uniformes; en realidad, Austin no muestra ni explica ningún criterio de clasificación. Es decir, no existe ningún intento de racionalización de los criterios utilizados para clasificar los distintos actos lingüísticos.

Independientemente de este tipo de objeciones, hay que decir que la obra de Austin -y aquí incluyo la importante influencia de sus clases teóricas y seminarios no publicados- ha tenido gran importancia en la filosofía del lenguaje de la Escuela de Oxford, así como en la reflexión filosófica sobre los discursos normativos (especialmente, La Ética y el Derecho) (1).

### A.1.2. Análisis del lenguaje en Hart.

#### A.1.2.1.-Introducción.

El propósito fundamental de la teoría analítica del Derecho ha sido -y es- la mejor comprensión del Derecho y de los conceptos jurídicos, teniendo esta finalidad teórica un importante valor práctico. Una de sus mayores preocupaciones ha sido el análisis de los términos y conceptos jurídicos, teniendo en cuenta que el Derecho concierne a las acciones humanas, entendiendo éstas no como simples procesos naturales o empíricos, sino considerándolas como acciones sociales de pensamiento y lenguaje. El Derecho es esencial e irreductiblemente, aunque no únicamente, lingüístico; sus normas son formuladas y promulgadas mediante palabras, sus actos de articulan en expresiones dotadas de publicidad. La formalización y estructuración del amplio número de prácticas y actividades que constituyen el Ordenamiento Jurídico exige un vocabulario especializado y riguroso, dentro del ámbito de una compleja estructura conceptual.

El intento de Hart de clarificar la naturaleza y estructura del Ordenamiento Jurídico, es, en parte, un análisis lingüístico enmarcado en el contex

---

(1) El filósofo más importante que ha continuado con el problema del análisis de los actos lingüísticos ha sido J.Searle (v. la bibliografía ya citada).

to intelectual de la "Escuela de Oxford". No es simple casualidad el hecho de que la obra principal de Hart se titule "The Concept of Law", a semejanza de la influyente obra de Gilbert Ryle, "The Concept of Mind" (1). Asimismo, Hart tuvo un contacto personal muy fructífero con J.L. Austin. Entre las cuestiones que Ryle planteaba en su "Concept of Mind", existían una serie de problemas concernientes a la naturaleza de los "estados mentales". La nueva "Escuela de Oxford" enfocó estos problemas en su análisis del uso lógico de ciertos términos, tales como "intención", "motivo" y otros semejantes. Ahora bien, para entender tales términos era necesaria su inclusión en los contextos que se usaban. Así, Austin, en su conocida y ya citada conferencia "A Plea for Excuses" (2), sostenía que el análisis sobre si alguien tenía o no determina da intención tendría que ser desarrollado en los contextos de la culpa moral y la responsabilidad jurídica. De este modo, el análisis del uso del lenguaje jurídico por parte de los abogados se convertía en una herramienta clarificadora del lenguaje filosófico. Los términos son usados en el contexto de una práctica social que les da un sentido y un significado público susceptible de análisis crítico. Es decir, lo que nos interesa en el análisis filosófico no es tanto la teoría de los juristas acerca de los términos "intención", "voluntad" y similares, sino el uso práctico jurídico de tales términos por parte de los abogados y juristas en general, es decir, por parte de aquellos sujetos que usan el lenguaje jurídico.

En uno de los primeros trabajos escritos de Hart, "The Ascription of Responsibility and Rights" (3), el profesor de Oxford expone la siguiente te-

- 
- (1) Aunque la obra de Ryle (1949) ha tenido cierta influencia sobre Hart, és te nunca aceptó la línea "conductista" seguida por Ryle. Por su parte, Hart ha reconocido expresamente la influencia de Wittgenstein y J.L. Austin, en "Ihering's Heaven of Concepts and Modern Analytical Jurisprudence", R. Von Ihering, p. 68-78; Vandenhoeck, Ruprecht, Göttingen, 1970. Curiosamente, en este artículo Hart subraya la importancia de la obra del segundo Ihering, que, junto con Kelsen, podemos afirmar que son los dos úncos juristas continentales de los que Hart se ocupa expresamente.
- (2) La argumentación principal de este conferencia había sido discutida previamente en un seminario conjunto de Hart y Austin en Oxford durante los años 50.
- (3) "Proceedings of the Aristotelian Society," 1948-9, pgs. 171-94. (la referencia completa de este trabajo se encuentra en la bibliografía final) Posteriormente, el propio Hart rechazó las tesis principales contenidas en es te trabajo, con motivo de la publicación de su libro, recopilación de di-

sis; la "responsabilidad" o los "derechos" no son características descriptivas de los seres humanos, sino que son "adscritas a ellos en contextos determinados por reglas jurídicas u otras reglas sociales (1). Lo único que pretendo subrayar aquí es la importancia que para Hart tiene el análisis del lenguaje en la reflexión filosófico-jurídica, configurando de este modo un nuevo estilo filosófico en el análisis de los problemas jurídicos. Del mismo modo, - el "nuevo estilo filosófico" puede observarse en su conferencia inaugural al hacerse cargo de la cátedra de "Jurisprudencia" en Oxford (2), donde Hart pone de relevancia la nueva filosofía del lenguaje en la comprensión de los problemas centrales de la teoría del Derecho (3) elucidando las condiciones con

---

cont.-versos trabajos, "Punishment and Responsibility" (Oxford Univ. Press, Oxford, 1968): "I have not reprinted here, in spite of some requests, my earliest venture into this field: 'The Ascription of Responsibility and Rights'... My reason for excluding it is simply that its main contentions no longer seem to me defensible, and that the main criticisms of it made in recent years are justified" ("Preface"). El trabajo puede ser considerado como un precedente de la conferencia ya citada de Austin, "A plea for excuses", así como un temprano exponente de la preocupación teórica de Hart en torno al concepto de "regla". Del mismo modo, vid., el punto de vista de Hart acerca de la teoría del Derecho británica de la postguerra, en "Philosophy of Law and Jurisprudence in Britain (1945-62)" 2 American Journal of Comparative Law, p.355-364, 1953, donde señala la importancia filosófica de la noción de regla.

- (1) Un análisis pormenorizado de las tesis contenidas en este trabajo, así como de sus revisiones críticas, se verá más adelante, en el apartado de la "filosofía analítica de la acción".
- (2) Me estoy refiriendo a "Definition and Theory in Jurisprudence", clase inaugural dictada en la Universidad de Oxford el 30 de mayo de 1953, Clarendon Press, Oxford, 1953, texto reeditado en 70 Law Quarterly Review, p. 37, y ss (1953) (trad. castellana e italiana, vid. bibliografía final). Vid. la respuesta crítica del profesor Bodenheimer, "Modern Analytical Jurisprudence and the Limits of Its Usefulness", 104 Univ. of Pennsylvania Law Review, 1956, p. 1080 y ss; asimismo, Hart responde a Bodenheimer en "Analytical Jurisprudence in Midtwentieth Century: A Reply to Professor Bodenheimer", 106 Univ. of Penn. Law Review, 1957, p.953-975.
- (3) Este trabajo será objeto de examen "infra", en el apartado correspondiente denominado "Definición y Teoría de la Ciencia del Derecho".

textuales de los enunciados jurídicos y criticando, al mismo tiempo, la búsqueda de esencias misteriosas de los conceptos ó la construcción de teorías para justificar definiciones. Asimismo, en el extenso libro escrito con el profesor A.M.Honoré, "Causation in the Law" (1), Hart trata de reconciliar - el "sentido común" y el pensamiento científico criticando, de un lado, el árido formalismo de las construcciones conceptuales -sin ningún interés práctico- y de otro, el "excesivo" realismo que trata de describir la relación causa-efecto en el proceso judicial como un simple acto unilateral del juez.

Con todo, el trabajo donde se puede observar de una forma más clarificadora el "nuevo" estilo de hacer filosofía es, sin duda alguna, "The Concept of Law" (2), su obra fundamental. Este trabajo, ha representado un giro excepcional en la teoría del Derecho anglosajona, al incorporar el trasfondo intelectual del Oxford de la postguerra a la tradición de la teoría analítica del Derecho (3). En los siguientes apartados trataré de analizar los problemas metodológicos que esta obra conlleva, no sólo en el ámbito de la filosofía analítica del lenguaje y de la acción, sino en el contexto de la metodología de las ciencias sociales (4).

- 
- (1) Clarendon Press, Oxford, 1959, 454 pgs. Sus tesis principales serán analizadas en el apartado "Filosofía y teoría de la causación".
  - (2) Clarendon Press, Oxford, 1961. En adelante citaré por C.D. según la excelente traducción castellana de G.R.Carrió, "El Concepto de Derecho", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963.
  - (3) En este sentido, dice M.Jori: "H.L.A.Hart è non solo uno dei più importanti e influenti filosofi e teorici del diritto contemporanei, ma è anche un rappresentante di primo piano di un modo di fare filosofia che costituisce uno dei rami della filosofia analitica o linguistica contemporanea, chiamato di solito filosofia del linguaggio ordinario, o anche scuola di Oxford", "Hart, e l'analisi del linguaggio", Materiali per una storia della cultura giuridica, vol. IX, nº1, junio 1979, Il Mulino, Bolonia, p. 161-228, esp.p.161. Vid. también los juicios sobre Hart de J.Passmore, - "A Hundred Years of Philosophy", Rev.Ed.Nueva York, Basic Books, 1966, - (hay trad.caste.de P.Castrillo "100 años de filosofía, Alianza Ed., Madrid, 1981) y, más recientemente Neil MacCormick "H.L.A.Hart", ed. W.Twining, E.Arnold Pub, Londres, 1981.
  - (4) No obstante, haré continuas referencias y análisis de otros trabajos de Hart, importantes desde el punto de vista metodológico.

#### A.1.2.2. Lenguaje jurídico y lenguaje ordinario.

En Hart encontramos raras veces un examen específico de su propia metodología, un intento de justificación de su análisis filosófico. Por ello, independientemente de algunas referencias concretas (1), la reflexión sobre la metodología de su análisis filosófico y jurídico debe llevarse a cabo teniendo en cuenta la mayor parte de su producción bibliográfica, donde, en numerosas ocasiones, retoma y matiza conceptos enunciados en obras anteriores.

No obstante, el "Prefacio" de su C.D. contiene algunas afirmaciones, breves y precisas, sobre el método que el autor dice haber seguido en la elaboración y construcción de su propia teoría del Derecho (2). En dos páginas Hart señala las pretensiones generales que trata de llevar a cabo al construir su Teoría del Ordenamiento Jurídico. En su comienzo, dice Hart: "En este libro he querido promover la comprensión del derecho, la coerción y la moral, - en cuanto fenómenos sociales diferentes, aunque relacionados. El jurista verá en este libro un ensayo de teoría jurídica analítica, porque se ocupa de la clarificación de la estructura general del pensamiento jurídico, y no de la crítica del derecho o política jurídica. Además, en muchos puntos he planteado problemas que bien puede decirse que versan sobre el significado de términos... Ciertamente, uno de los temas centrales del libro es que ni el derecho, ni ninguna otra forma de estructura social, puede ser comprendido sin una apreciación de ciertas distinciones cruciales entre dos tipos diferentes de enunciados, que he denominado "internos" y "externos" y que pueden ser formulados dondequiera se observan reglas sociales.

A pesar de su preocupación por el análisis, el libro puede también ser considerado un ensayo de sociología descriptiva; porque la sugestión de que las investigaciones sobre los significados de las palabras simplemente arrojan luz sobre éstas, es falsa. Muchas distinciones importantes, que no son inme-

---

(1) Por ejemplo, su prefacio al C.D., o el artículo "Problems of Philosophy of Law", "The Encyclopedia of Philosophy", ed. Paul Edwards, Nueva York, Macmillan and Free Press, 1967, 8 vols, vol.6, págs.264-276.

(2) C.D., cit., págs XI-XIII.



diatamente obvias, entre tipos de situación social, o relaciones, pueden ser esclarecidas mejor mediante un examen de los usos típicos de las expresiones relevantes y de la manera en que éstas dependen de un contexto social que a menudo no se expresa. En este campo de estudio es particularmente verdad, como decía el Profesor J.L.Austin, que podemos usar "una conciencia agudizada de las palabras para agudizar nuestra percepción de los fenómenos" (1).

Este texto, a pesar de su aparente simplicidad, plantea numerosas cuestiones metodológicas (2). Desde el punto de vista del análisis del lenguaje, para Hart, los hechos descritos sociológicamente mediante el análisis de los significados de las palabras no son sólo hechos lingüísticos. Mediante el análisis de los usos típicos de las palabras- y, en especial, de los usos del lenguaje por los juristas- es posible clarificar numerosas e importantes distinciones que se refieren a fenómenos sociales y jurídicos. Por ejemplo, la conocida distinción de Hart entre enunciados internos y enunciados externos, que aparece ya anunciado en su "Prefacio", es definida por el profesor de Oxford, como punto crucial de la comprensión del Derecho, como construcción analítica que describe y esclarece dos puntos de vista indispensables para la comprensión del fenómeno jurídico y de otros fenómenos sociales análogos. Del mismo modo, Hart usa los conceptos de "regla", "Derecho", "Ordenamiento Jurídico", "Regla de Reconocimiento", "Regla Secundaria", etc., términos que son reconstruidos conceptualmente por Hart en su análisis del desarrollo y funcionamiento de los sistemas jurídicos. Así, al referirse a tales conceptos, dirá el profesor Jori: "Tutti questi termini o espressioni servono ad andare oltre la terminologia e l'apparato concettuale del pensiero ordinario e del buon senso e anche dell'ordinario pensiero e linguaggio giuridico" (3).

---

(1) C.D., Prefacio, XI-XII. La cita es larga, pero creo interesante exponerla de este modo. El subrayado es mío.

(2) Algunas de ellas serán tratadas más adelante. Por ejemplo, el estatuto epistemológico de la "sociología descriptiva" -que, a pesar del adjetivo "descriptivo" tiene como objetivo la "comprensión" de ciertos fenómenos sociales, el aspecto "interno" y "externo" de las reglas sociales, la descripción y explicación de los fenómenos sociales como comprensión y explicación de sus reglas internas, etc. Con todo, también en este apartado se harán algunas referencias a estos temas.

(3) M.Jori, "Hart e l'analisi del linguaggio", op.cit., pág. 166.

El problema que quiero tratar aquí se refiere a la relación, en el contexto de la obra de Hart, entre el discurso objeto del análisis y descripción teórica y el discurso que es medio de este análisis y descripción. Siguiendo a Jori, podríamos diferenciar tres niveles del lenguaje (1):

1.- Un lenguaje que indica, describe y explica un hecho lingüístico -o un hecho con componentes lingüísticos-, lenguaje usado directamente por parte del estudioso del Derecho; por ejemplo, el término "norma jurídica" puede indicar en determinados enunciados los fenómenos normativos que tal término designa en base a la definición estipulativa dada por el estudioso. Así, el término "norma" forma parte de un metalenguaje teórico que sirve como instrumento de descripción.

2.- En segundo lugar, las frases y los términos pueden ser usados para indicar, describir y explicar el hecho de que un término, concepto o conjunto de conceptos es usado en determinado sentido en el lenguaje ordinario; así, cuando se dice que en el lenguaje ordinario se usa la terminología normativa para indicar algo más que un simple hábito, se está haciendo referencia al hecho de que el término "norma" tiene un determinado significado, uso y función en el lenguaje común.

3.- En tercer lugar, existe un tercer nivel semántico del lenguaje que puede indicar, describir y explicar- usado por el estudioso- un hecho lingüístico que, o bien se propone describir o comprender las propias acciones de quienes lo usan, o bien es usado en discursos no descriptivos en los que estas acciones son parte integrante (por ejemplo, en las prescripciones de seguir ciertas normas jurídicas).

Es decir, de lo que se trata de diferenciar es, por un lado, un lenguaje como medio o instrumento (metalenguaje-teórico) y un lenguaje como objeto del propio discurso descriptivo; por otro lado, un lenguaje ordinario y un lenguaje incorporado en las propias acciones.

Sin embargo, si bien las distinciones anteriormente mencionadas son complejas y no exentas de cierta ambigüedad, la complejidad puede acrecentarse

---

(1) M. Jori, "Hart e l'analisi...", op.cit., p. 166.

si analizamos el primer nivel del lenguaje en el contexto jurídico: a primera vista, el discurso jurídico puede ser un discurso de las normas o un discurso de los juristas sobre las normas (1). El propio discurso de las normas puede ser clasificado en diferentes grados según la teoría del Derecho que lo contempla; así, en el discurso de Hart se podrá hablar de reglas primarias y secundarias, reconducidas todas ellas a un última Regla de Reconocimiento. Por otro lado, el discurso de los juristas sobre las normas puede ser, a su vez, un discurso descriptivo (discurso propio de la ciencia jurídica) y un discurso prescriptivo y valorativo (discurso propio de la política o crítica del Derecho). Los problemas se complican mucho más si tenemos en cuenta que el propio discurso del lenguaje ordinario, implícita o explícitamente, tiene la pretensión de ser un lenguaje descriptivo que la gente usa para comprender o tratar de comprender los hechos sociales y sus propias acciones.

Hart no ha escrito específicamente sobre estos problemas. Sin embargo, en su prefacio al C.D., el profesor de Oxford cita a Austin en el sentido que ya habíamos indicado con anterioridad: el análisis de la estructura del lenguaje ordinario es muy útil para la comprensión y descripción de las acciones sociales, ya que este lenguaje lleva implícito la forma o significado del contexto social en el que se producen las acciones humanas (2). Así, se puede interpretar que para Hart, el modo de explicar, y también de describir los fenómenos sociales se lleva a cabo mediante la comprensión del significado atribuido por sus mismos agentes. Esta concepción, que se separa claramente del monismo metodológico anglosajón que toma como modelo explicativo de los fenómenos sociales los modelos explicativos de las ciencias naturales (3), puede encontrar precedentes entre los filósofos defensores de las ciencias sociales "comprensivas" (4) y, sobre todo, en la obra del "segundo" Wittgenstein,

---

(1) En este sentido, vid., por ejemplo, J.R.Capella, "El derecho como lenguaje", Aírel, Barcelona, 1968, cap. I, ap.2.

(2) Vid. Prefacio al C.D., cit., XII: "...una conciencia agudizada de las palabras puede agudizar nuestra percepción de los fenómenos".

(3). Esto se verá más claramente al explicar el concepto de "regla" y "acción social" en relación con el denominado aspecto "interno" y "externo" de las reglas (vi. ap. A.3.).

(4) Por ejemplo, Dilthey o Rickert; a este respecto, sobre la posible influencia de estos autores sobre la teoría de la Ciencia Jurídica, vid. N. Bobbio, "Teoría della scienza giuridica", Turín, 1960, especialmente los caps. 3º y 4º.

para quien la descripción de las acciones sociales se puede encontrar en el modo del habla de sus propios agentes, especialmente en los discursos con los que tratan de describir sus propias acciones (1). De este modo, podrá decir el profesor M.Jori: "Un modello già esistente per le scienze sociali viene ad essere allora non una scienza causale, ma la linguistica nelle sue varie branche, la scienza che descrive i fenomeni linguistici, soprattutto individuando le regole (linguistiche) che fanno di un fatto o evento un fenomeno linguistico, e quindi la cui conoscenza permette di descriverlo, spiegarlo, insomma di comprenderlo" (2). Así la descripción y explicación de los fenómenos sociales se traducirá en la individuación de las reglas sociales que ofrezcan una estructura "interna" a las acciones, posibilitando de este modo, desde el punto de vista de sus agentes, su propio significado; precisamente, esta descripción y explicación de los fenómenos sociales -como comprensión- de las reglas internas de las propias acciones sociales- se contraponen al modelo explicativo causal de las leyes naturales, modelo que tan sólo establece relaciones externas entre hechos no intencionales (3). Este punto de vis-

---

(1) Vid. supra apartado dedicado a Wittgenstein.

(2) M.Jori, "Hart e l'analisi...", op.cit., pág. 171

(3) Una versión del modelo "comprensivo" de Wittgenstein puede encontrarse en la obra de P.Winch, "The Idea of a Social Science and its Relation to Philosophy", Routledge & Kegan Paul Ltd, Londres, 1958 (hay trad.cast. - de M.Rosa Vigeno en Armarrortu editores con el título "Ciencia Social y Filosofía", Buenos Aires, 1972), texto citado expresamente por Hart al diferenciar entre reglas y hábitos (C.D., p.306) y al explicar la idea de enseñar y seguir reglas (p.315). La obra de Winch tuvo mucha importancia en el ámbito académico anglosajón, sobre todo en el campo de la Historia y la Antropología cultural (sobre ello volveremos más adelante). Aquí citaré dos libros que considero muy interesantes, influidos por el modelo "comprensivo" de Wittgenstein: el primero, dentro del ámbito de la metodología de las Ciencias Sociales, R.Harré y P.F.Secord, "The Explanation of Social Behaviour", Basil Blackwell, Oxford, 1972, para quienes el hombre es un "rule-following agent", desarrollando una concepción no positiva de la ciencia: "...it emerges that from this point of view the idea of men as conscious socialactors, capable of controlling their performances and commenting intelligently upon them, is more scientific than the traditional conception of the human "automaton"" (Vid.Prefacio). El otro libro, dentro del campo de la filosofía política es H.F.Pitkin, "Wittgenstein and Justice", University of California Press, Londres, 1973.

ta metodológico, caracterizado por algunos autores como hermenéutico, intencional o teleológico (1) será el punto de vista adoptado por Hart para caracterizar el análisis del Derecho. En uno de los ensayos que componen su libro "Punishment and Responsibility" dice Hart: "Human society is a society of persons; and persons do not view themselves or each other merely as so many bodies moving in ways which are sometimes harmful and have to be prevented or altered. Instead persons interpret each other's movements as manifestations of intention and choices, and these subjective factors are often more important to their social relations than the movements by which they are manifested or their effects" (2). Este principio general estará presente, implícita o explícitamente, en todos los conceptos fundamentales de la teoría jurídica de Hart.

En la obra de Hart, raras veces encontramos reflexiones sobre su propia teoría del Derecho. Indudablemente, un factor histórico determinante de esta circunstancia ha sido el hecho de que la teoría jurídica anglosajona se ha preocupado más de la figura del juez dentro de un Ordenamiento Jurídico -y- el papel fundamental asignado al "Common Law"- que de la propia reflexión metajurídica sobre la posibilidad de un conocimiento científico del Derecho. Sin embargo, como se verá a lo largo de nuestro trabajo, la obra de Hart, si bien toma como elementos centrales de su construcción teórica la tradición de la teoría jurídica analítica inglesa, no se separa tanto de la cultura jurídica continental europea, al menos en el planteamiento de determinados problemas. Con todo, Hart parece ofrecernos una respuesta positiva a la posibilidad del conocimiento del Derecho y de las normas jurídicas, con todas las matizaciones que serán precisas señalar más adelante (3).

- 
- (1) Así, a modo de ejemplo, vid. P.M.S.Hacker, "Hart's Philosophy of Law", - en "Law, Morality and Society. Essays in honour of H.L.A.Hart", Clarendon Press, Oxford, 1977, pág. 9.
  - (2) H.L.A.Hart, "Punishment and the Elimination of Responsibility", en "Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law", Clarendon Press, Oxford, 1968, pág. 182.
  - (3) Especialmente, vid. los temas siguientes referentes a la estructura abierta del lenguaje jurídico, y, en el capítulo correspondiente a las tesis sobre el positivismo jurídico, el apartado dedicado a la discrecionalidad judicial.

En el "Concepto de Derecho" Hart construye una distinción fundamental entre dos tipos diversos de lenguaje (1): se trata de la distinción entre - enunciados -jurídicos o, en general, normativos- internos y externos, expresiones del "punto de vista" interno o externo (2). Las primeras afirmaciones son típicas, según Hart, de quienes aceptan las normas jurídicas y se sirven de ellas como guía de su propia conducta y/o para valorar críticamente la - conducta de los demás. Los enunciados "externos" son típicos del observador que no acepta las reglas de la sociedad que está observando, aunque puede describir desde el punto de vista externo el hecho de que otros miembros de la sociedad aceptan esas normas (3). Esta distinción, que estará presente a lo - largo de nuestro trabajo, ha sido considerada como indicadora de dos modos - diversos de descripción y conocimiento del Derecho: mientras que el punto de vista interno expresaría el lenguaje de la ciencia jurídica, el punto de vista externo sería el lenguaje propio de la sociología del Derecho (4). Ahora bien, siguiendo la distinción del profesor Jori, se podría hablar de tres tipos principales de discurso jurídico:

- 1) discurso sociológico externo.
- 2) discurso descriptivo de normas no sociológico.
- 3) discurso de aceptación, adhesión y uso de las normas jurídicas como guías de las acciones (5).

A mi juicio, los tres tipos de discurso son importantes a la hora de - describir el Derecho sin que sea necesario -ni deseable- pretender el hecho de que una descripción y comprensión del Derecho implica un análisis reductivo que implica a su vez el rechazo de alguno de los tipos de discurso mencionados. Muchos de los conceptos de la teoría general del Derecho necesitan ser

---

(1) A pesar de que el desarrollo de esta construcción teórica se lleva a cabo en el C.D. (pgs. 70-72, 110-113, 122, 128-29, 130, 133-34, 143, 145, 46, 249, 306, 308-09), Hart ya había anunciado esta distinción en su artículo "Scandinavian Realism", 17 Cambridge Law Journal, p. 233-40, 1969; el artículo es una nota crítica del libro de A. Ross "On Law and Justice".

(2) Esta distinción será analizada en diversos apartados del presente trabajo (por ejemplo, en B.1.1.5.2.2. y en A.3.).

(3) C.D., cit., págs. 110-111, 308-309.

(4) Sobre ello, vid. U. Scarpelli, "Cos'è il positivismo giuridico", Ed. Di Comunità, Milán, 1965, p. 53 y ss y R. Treves, "Tre concezioni e una proposta". Sociologia del diritto, 1974/I, p. 1-9.

(5) M. Jori, "Hart e l'analisi...", cit., p. 177.

contemplados desde varios puntos de vista, con el fin de obtener una visión más esclarecedora de sus funciones sociales.

Sin duda alguna, el concepto más interesante de la metodología de Hart -y, a la vez, más ambiguo- se refiere a la consideración del uso del discurso interno: este tipo de discurso será necesario no sólo para explicar y comprender los fenómenos jurídicos, sino también para comprender la naturaleza de las normas sociales y distinguirlas de los simples hábitos sociales (1). Para Hart, el discurso interno es un imprescindible objeto de descripción y explicación comprensiva de los fenómenos jurídicos. Por ello, Hart concederá gran importancia en su análisis del Derecho al discurso ordinario propio de los operadores jurídicos, es decir, el lenguaje ordinario de los sujetos que usan el lenguaje jurídico.

Por tanto, el discurso "interno" del que habla Hart puede considerarse un excelente ejemplo de descripción de los fenómenos sociales -tal y como había auspiciado Wittgenstein-, como un discurso "di riproduzione della rete di regole o norme (rules) che attribuiscono significato alle azioni sociali da esse regolate" (2). Hay que tener en cuenta que, para Hart, las normas jurídicas son, en última instancia, reglas sociales, es decir, reglas cuya existencia social se concreta en su aceptación y obediencia por parte de los funcionarios y ciudadanos. Todos los conceptos fundamentales de la teoría jurídica de Hart tienen como presupuesto necesario la existencia de una regla social, presupuesto que les confiere una mayor plausibilidad en su función descriptiva del Derecho. Así, los juristas que producen este tipo de discurso interno pueden ser considerados como usuarios de un lenguaje "científico" que describe el conjunto de relaciones de significado que estructuran las correspondientes acciones sociales.

---

(1) Sobre la diferencia entre hábitos y reglas, v.C.D., cit., p. 11-14, 69-75. El tema será tratado en el apartado B.1.1.5.2.2.. Hay que tener en cuenta que para Hart el aspecto "interno" de una norma social está constituido por el uso interno del lenguaje por parte de un grupo social.

(2) M.Jori, "Hart e l'analisi...", cit., pág. 179.

Teniendo en cuenta lo que se ha dicho anteriormente, el análisis de la obra de Hart nos hace diferenciar dos tipos de discurso:

a) por un lado, el discurso objeto del análisis de Hart, es decir, un discurso interno, jurídico, descriptivo: un discurso que presupone un conjunto de normas sociales efectivas que atribuyen el significado de las acciones y situaciones sociales que las propias normas regulan.

b) por otro lado, un metadiscurso analítico -usado por Hart- necesario para estudiar el significado de las palabras y comprender las acciones sociales jurídicas y de los juristas. Por ejemplo, el primer tipo de discurso que describe las normas jurídicas que cualifican un determinado negocio jurídico- por ejemplo, una compraventa- es necesario para describir las propias acciones que están implícitas en el negocio de compraventa. El segundo tipo de discurso es necesario para comprender, por ejemplo, el modo en el que los jueces individualizan las normas jurídicas para decidir casos concretos, elaborando para ello -en el caso de Hart- una teoría de la Regla de Reconocimiento y de la existencia de los Ordenamientos Jurídicos. En el primer tipo de discurso se estudian normas jurídicas específicas que atribuyen un significado a determinadas acciones y situaciones jurídicas; en el segundo tipo, se estudian normas sobre el "funcionamiento" del pensamiento jurídico, es decir, normas metodológicas o lingüísticas que contribuyen de alguna forma a esclarecer la estructura general del pensamiento jurídico.

Para Hart, en cuanto teórico del Derecho, el discurso "interno" que describe las reglas o normas que estructuran ciertas acciones sociales -atribuyéndoles un significado jurídico-, tiene especial importancia, al menos, por dos razones:

a) en cuanto objeto de análisis teórico imprescindible como dato de hecho- discurso usado por los juristas- para comprender y explicar los fenómenos jurídicos.

b) en cuanto modelo teórico de descripción de los hechos sociales, al describir las normas o reglas sociales que dan un significado a las acciones y situaciones sociales (en el caso del discurso jurídico, de las normas jurídicas que regulan y cualifican las correspondientes acciones y situaciones jurídicas).



Teniendo en cuenta estas distinciones, se podría establecer una doble conexión entre el discurso externo -discurso sociológico descriptivo- y el -discurso interno -en sentido descriptivo-: en realidad, la descripción interna por parte de los juristas, teniendo por objeto las normas y el significado -atribuido a las acciones sociales, pretende ser un discurso descriptivo del uso de las normas jurídicas, uso que comprende la actividad del legislador, de los jueces, de los funcionarios públicos y de los ciudadanos en cuanto -sujetos de relaciones jurídicas. En segundo lugar, la descripción interna se conecta con la descripción externa en cuanto es un buen instrumento de comprensión de una parte de la realidad social normativa- y en especial de la realidad jurídica- ya que pretende ser una descripción de acciones y situaciones reguladas y cualificadas por normas sociales-jurídicas- (1).

La dificultad estriba, como ha señalado antes, en el hecho de que los discursos jurídicos pueden adoptar tres formas: como discursos descriptivos (sociología del Derecho y "ciencia" del Derecho) y como discurso prescriptiva (creación, aceptación, aplicación y valoración de las normas jurídicas).- Por tanto, la relación discurso interno-externo se verá alterada en función de qué tipo de discurso se toma como modelo.

La preocupación y el interés de Hart por el análisis del lenguaje ordinario plantea numerosos problemas. En primer lugar, la pretendida diferenciación entre un lenguaje jurídico ordinario usado por los abogados y funcionarios del sistema y un lenguaje jurídico teórico del jurista que reflexiona -sobre el Derecho, parece que contraponen dos tipos de lenguaje en función de su capacidad teórica o autorreflexiva; ahora bien, es difícil encontrar un uso del lenguaje ordinario desprovisto de todo alcance teórico o autorreflexivo, un lenguaje no "contaminado" que pretenda ser descriptivo. En segundo lugar, Hart nunca se cuestiona, desde un punto de vista metodológico, la naturaleza y capacidad descriptiva de los enunciados internos del discurso jurídico, asumiendo desde un primer momento su capacidad explicativa y comprensiva

---

(1) Esta peculiar interpretación está tomada del art.cit., de M.Jori, "Hart, e l'analisi...", pág. 181.

va de los fenómenos jurídicos. En tercer lugar, el análisis del lenguaje ordinario presupone, en cierto modo, cierta consideración teórica sobre el lenguaje jurídico interno y su función descriptiva.

El tema es lo suficientemente complejo para que pueda ser tratado desde diferentes puntos de vista. En el último apartado de esta primera parte metodológica trataré de precisar lo que, de alguna manera, ha tratado de esbozar en estas páginas.

### A.1.2.3. Formalismo y escepticismo ante las reglas: Scylla y Caribdis de la Ciencia Jurídica.

#### A.1.2.3.1. Introducción.

Nuestro lenguaje está compuesto de palabras y expresiones generales que sirven para aludir a grupos o familias de objetos, hechos o propiedades, no pudiendo ser lo suficientemente variado y completo como para disponer de una palabra para cada objeto individual, para cada hecho concreto o para cada propiedad individual. El hecho de que existan criterios o reglas para determinar el uso de los términos —en función de sus propiedades en común— no implica la ausencia de ciertas perplejidades e incertidumbres en el uso y precisión del lenguaje.

En primer lugar, no se puede afirmar que todas las palabras son usadas en todos los contextos posibles para connotar las mismas propiedades (1). El

---

(1) La presencia de ciertas propiedades comunes en distintos objetos es lo — que hace que sean agrupados y aludidos con una misma palabra. Estas palabras suelen cumplir una doble función: por un lado, denotan el conjunto de objetos que exhiben las características o propiedades en función de las cuales se les aplica la misma palabra, y connotan esas propiedades; se puede hablar; por tanto, de un significado denotativo o extensión —conjunto de objetos a los cuales se aplica la palabra— y un significado connotativo o intensión (propiedades en función de las cuales se aplican a esos objetos una misma palabra.

La diferenciación entre connotación y denotación, habiendo tenido precedentes medievales (vid. Occam, "Summa logicae", pars. prima, ed. Ph. Boehner, O.F.M., 1951, cap. 10) fué formulada, en un modo parecido al que hoy usamos, por J.S. Mill ("A System of Logic", Libro I, cap. II, par. 5, Longmans, Green & Co., 8 Th. ed., Londres, 1906, n.i. 1961 (ed. orig. 1843), para el que la connotación es la nota o conjunto de notas que determinan el objeto al cual un nombre, término o símbolo se aplican, y la denotación es el objeto u objetos a los cuales el nombre, término o símbolo se aplica. Hoy día se dispone de numerosa bibliografía sobre este tema; a modo de ejemplo, vid. B. Russell, "On Denoting", Mind, N.S. 14 (1905) y Ogden y Richards, "The meaning of meaning", Routledge & Kegan Paul, Londres, 1923, cap. III (hay trad. cast. "El Significado del Significado", Paidós, Buenos Aires, 1964),

significado de las palabras está en función del contexto lingüístico en que aparecen y de la situación humana dentro de la que son usadas. Ahora bien, - en algunas ocasiones se puede advertir que una misma palabra tiene distintos criterios de aplicación unidos entre sí por conexiones más o menos complejas. Aparte de un significado central originario y de algunas extensiones metafóricas o figurativas, existen otros usos de las palabras que se aplican a una multitud de objetos que no presentan propiedades comunes connotadas por aquellas, pero que sin embargo parecen encajar en el uso de una misma palabra. - En este sentido, se suele ofrecer como ejemplo el que propone Wittgenstein en sus "Investigaciones Filosóficas" (1) ¿qué propiedad común justifica que la palabra "juego" engloba actividades tan diferentes?. Se podría decir que en todos los "juegos" hay o existe una actividad humana guiada por una finalidad de diversión y entretenimiento, o que se trata de actividades humanas guiadas por ciertas reglas. Sin embargo, este tipo de definiciones de la palabra "juego" deja siempre fuera de sus términos a alguna actividad que es considerada como "juego" en el uso ordinario del lenguaje. La incertidumbre en la aplicación o interpretación de ciertos términos, surge, pues, de su posible ambigüedad, es decir, del hecho de la incertidumbre del sentido en que son usados. Ahora bien, pueden existir otros casos en los que la incertidumbre en su aplicación no surge de la ambigüedad de su significado, sino de los límites de su campo de aplicación. Por ejemplo, parece que no tiene sentido preguntar se por los límites de las palabras "joven", "calvo", "alto", "bajo", etc., - pues parece ser una tarea imposible. Claro está que siempre habrá casos centrales o típicos, frente a los cuales nadie duda en aplicar los términos correspondientes, y casos claros de exclusión respecto de los cuales tampoco - nadie dudaría en no usar la palabra en cuestión. Pero siempre habrá una zona de casos posibles cuya determinación terminológica planteará, sin duda, numerosos ejemplos de esta "vaguedad" en términos tales como "plazo razonable", "diligencia de un buen padre de familia", "peligro inminente", "necesidad racional", etc (2).

---

(1) L.Wittgenstein, "Philosophical Investigations", op.cit., par.66.

(2) La característica de la necesaria vaguedad potencial de los lenguajes naturales ha sido llamada por Waismann, la "textura abierta del lenguaje". Vid. su art. "Verifiability", en "Logic and Language" (1ª serie), antología compilada por A.N.G.Flew, Blackwell, Oxford, 1951, p. 119. Por su parte, Carnap ha aludido al mismo fenómeno cuando habla de "vaguedad intensional". Vid. su art., "Significado y sinonimia en los lenguajes naturales", en "Antología Semántica", compilado por M.Bunge, Nueva Visión, - Buenos Aires, 1960, p.24144. Vid. también J.M.Brennan "The Open texture

A.1.2.3.2. La textura abierta del lenguaje jurídico. Crítica del formalismo jurídico.

En un Ordenamiento Jurídico, todas las reglas implican el reconocimiento o clasificación de casos particulares como ejemplos de términos generales; al igual que frente a cualquier regla es posible distinguir casos centrales claros -es decir, casos a los que se aplica la regla en cuestión sin ningún tipo de duda- existen otros casos en los que hay tantas razones para afirmar como para negar que se aplica. Como dice Hart, "es imposible eliminar esta dualidad de un núcleo de certeza y una penumbra de duda, cuando se trata de colocar situaciones particulares bajo reglas generales. Esto imparte a todas las reglas un halo de vaguedad o "textura abierta", y ello puede afectar tanto la regla de reconocimiento que especifica los criterios últimos usados en la identificación del derecho, como una ley particular" (1).

El Derecho moderno no existiría como tal de no estar dirigido, al menos en forma predominante, a clases de personas y a clases de actos, cosas y circunstancias. Un Derecho que estuviera compuesto por directivas particulares impartidas separadamente a cada individuo, sería una tarea tan imposible como indeseable.

El carácter general del Derecho implica para su plena eficacia y funcionamiento una serie de recursos para comunicar tales pautas generales de conducta con antelación a las situaciones en que han de ser aplicadas. Según Hart (2) dos han sido los recursos principales que han cumplido esta función: en primer lugar, el precedente -comunicación mediante ejemplos dotados de au

---

cont.-of Moral Concepts". The MacMillan Press Ltd., Londres, 1977. Sobre las distintas razones que justifican que diferentes clases de cosas sean llamadas de la misma manera, vid. J.L.Austin "Ensayos Filosóficos", op.cit., "El significado de una palabra", p.71 y ss. Sobre este tema, vid. también la noción de "parecido de familia" de Wittgenstein, "Philosophical Investigations", op.cit., para 67 y ss.

(2) Hart, C.D., cit., p.153. El subrayado es mío. Sobre la textura abierta -del lenguaje jurídico, vid. también Hart, "Theory and Definition in Jurisprudence", 29 Proceedings of the Aristotelian Society", Suppl.Vol., 1955, 239-64 (vid.p.258-264) y "Positivism and the Separation of Law and Morals", 71 Harvard Law Review (1958), p.593-629 (vid.p.606-612; hay trad.cast.de G.R.Carrió. "El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral", Ed.Depalma, Buenos Aires, 1962, p.1-62, en el libro "Derecho y Moral. Contribuciones a su análisis").

(3) Hart, C.D., cit., pág. 155.

toridad- y, en segundo lugar, la legislación -certeza de la comunicación mediante un lenguaje general dotado de autoridad-. En principio, la comunicación de pautas o criterios generales de conducta mediante formas generales explícitas del lenguaje parece ser un criterio más claro, seguro y cierto que la simple comunicación por medio de ejemplos (1). Ahora bien, a pesar de que se usen reglas generales formuladas verbalmente o por escrito, en determinados casos particulares pueden surgir dudas sobre cuáles son las formas de conducta exigidas por ellas. De este modo, dirá Hart (2): "En todos los campos de experiencia, no sólo en el de las reglas, hay un límite, inherente en la naturaleza del lenguaje, a la orientación que el lenguaje general puede proporcionar. Habrá por cierto casos obvios, que aparecen constantemente en contextos similares, a los que las expresiones generales son claramente aplicables. ("Es indudable que un automóvil es un vehículo"). Pero habrá también casos frente a los que no resulta claro si aquéllas se aplican o no ("La palabra 'vehículo', tal como se la usa aquí, ¿comprende aeroplanos, bicicletas, patines?"). Por tanto, aunque las pautas interpretativas pueden disminuir estas incertidumbres, nunca las podrán eliminar de un modo completo, ya que estas pautas -que son reglas generales para el uso del lenguaje- usan términos generales que también requieren interpretación. Los únicos casos claros que no necesitan una interpretación de los términos generales son, dirá Hart, "los casos familiares que se repiten en forma constante en contextos semejantes, respecto de los cuales existe acuerdo general sobre la aplicabilidad de los términos clasificatorios" (3). Junto a estos casos claros, existirán otros casos

- 
- (1) Una caracterización de la comunicación de reglas mediante ejemplos -uso del precedente- puede verse en Edward H. Levi, "An Introduction to Legal Reasoning", ap.1. en 15 University of Chicago Law Review (1948) (hay trad. cast., "Introducción al razonamiento jurídico", EUDEBA, Buenos Aires, -1964), Wittgenstein, en sus "Investigaciones Filosóficas" (par.208-38, op. cit.) trata a menudo y hace observaciones interesantes sobre las nociones de enseñar y seguir las reglas; sobre estos temas, vid. P. Winch, "Ciencia Social y Filosofía", op.cit., p.29-41, 56-61.
- (2) C.D., cit., p. 157-158. El subrayado es mío.
- (3) C.D., cit., p.158. El subrayado es mío. Para Hart, en materia de reglas -jurídicas, los criterios de relevancia y proximidad de parecido dependen de muchos factores complejos que se dan en el Ordenamiento Jurídico, y de los propósitos u objetivos que pueden ser atribuidos a la regla. Precisamente, la caracterización de estos factores es lo que determina el carácter peculiar del razonamiento jurídico.

marginales: la falta de certeza en esta zona marginal es, precisamente, el - precio que hay que pagar por el uso de términos clasificatorios generales en cualquier forma de comunicación relativa a cuestiones de hecho (1).

Decíamos antes que el intento de construir una regla tan detallada que tuviera siempre resuelto de antemano la cuestión acerca de su aplicación o no a un caso particular, era una tarea tan imposible como indeseable. En virtud de que -como dice Hart- somos hombres y no dioses, siempre nos encontraremos con dos obstáculos conectados entre sí (2): en primer lugar, nuestra relativa ignorancia de los hechos; en segundo lugar, nuestra relativa indeterminación de propósitos. Uno y otro contribuyen, en última instancia, a un ejercicio adicional de elección o discrecionalidad en la aplicación de reglas generales a casos particulares, discrecionalidad que ofrece argumentos para rechazar la concepción del formalismo jurídico al considerar el Ordenamiento Jurídico como un paraíso conceptual, seguro y cierto (3).

En realidad, todos los sistemas sociales que disponen de un Ordenamiento Jurídico desarrollado tratan de conciliar dos tipos de necesidades sociales: por un lado, la propia certeza del Derecho que asegura la aplicación de reglas a casos particulares sin necesidad de posteriores interpretaciones; por otro lado, como ha expresado Hart, "la necesidad de dejar - abiertas para su solución ulterior, mediante una elección oficial informada, cuestiones que sólo pueden ser adecuadamente apreciadas y resueltas cuando se presentan en un caso concreto" (4). Es decir, en todo Ordenamiento Jurídico

---

(1) Sobre los casos típicos y marginales en el Derecho, vid. G.R.Carrió "Notas sobre Derecho y Lenguaje", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1964 (6ª - reimpresión, 1976), especialmente págs. 37-62 y 105-119. Del mismo autor, vid. "Sobre los límites del lenguaje normativo", ed. Astrea, Buenos Aires 1973.

(2) C.D., cit., pág. 160.

(3) Junto a estos dos factores, el lenguaje normativo moral añade uno más: la idea de que los conceptos morales no pueden ser explicados totalmente en reglas de conducta. La explicación de los conceptos morales se asemeja - más a la técnica del precedente jurídico que a la técnica de la legislación. Sobre ello, vid. Brennan, op.cit., especialmente pgs. 115-124, con referencias a Hart.

(4) C.D., cit., pág. 162.

siempre encontraremos una tensión polarizada en estos dos extremos: por un lado, la certeza del Derecho en virtud de su carácter general y preciso; por otro lado, la incertidumbre y textura abierta del lenguaje jurídico que precisa de una ulterior determinación e interpretación. Al considerar la incapacidad humana para anticipar el futuro la base de esta indeterminación, el Ordenamiento Jurídico suple esta incapacidad mediante una gran variedad de técnicas jurídicas (1); fundamentalmente se pueden reducir a dos:

a) en primer lugar, la técnica de la delegación administrativa: con la finalidad de controlar jurídicamente los casos individuales que varían socialmente y que causan, por tanto, una impredecibilidad imposible de subsanarse por anticipado mediante reglas generales, la legislatura establece guías muy generales y delega en un cuerpo administrativo creador de reglas, familiarizado con los diversos tipos de casos, la función de moderar reglas adaptadas a las especiales necesidades de éstos.

b) en segundo lugar, "también se usa una segunda técnica semejante cuando la esfera a controlar es tal que resulta imposible identificar una clase de acciones específicas que uniformemente deben ser realizadas u omitidas, y convertir esas acciones en objeto de una regla simple, aunque el conjunto de circunstancias, si bien muy variado, incluye características familiares de la experiencia común" (2). En este caso, dejando a los individuos -sujetos a la posible corrección de un tribunal- la tarea de valorar las pretensiones sociales, se les exige que se adecúen a un standard variable antes de que haya sido definido oficialmente, sin perjuicio de que posteriormente, mediante la decisión de un tribunal, éste fije un término de acciones u omisiones específicas el standard que ellos deben observar (3).

---

(1) C.D., cit., pág. 163.

(2) Hart, C.D., cit., pág. 164.

(3) Cuando las decisiones del tribunal son consideradas como precedentes, la especificación del standard se asemeja mucho al ejercicio de la potestad de elaborar reglas delegadas en un cuerpo administrativo. El ejemplo más conocido de esta técnica en el derecho angloamericano es el uso del standard de "due care" (debido cuidado) en los casos de culpa o negligencia. Mediante la aplicación de este tipo de standards se trata de asegurar que se tomen precauciones que eviten un daño sustancial y que esas precauciones sean tales que no impliquen un sacrificio demasiado grande de otros intereses en conflicto. Vid. Hart, C.D., cit., pág. 165.

Sin duda alguna, la comunicación de reglas generales mediante ejemplos revestidos de autoridad trae consigo indeterminaciones de un tipo más complejo que las propias de las reglas generales. El reconocimiento del precedente como criterio de validez jurídica varía según el Ordenamiento Jurídico que se trate. Según Hart, la teoría jurídica inglesa del precedente tendría que tomar en cuenta las siguientes matizaciones (1):

a) En primer lugar, se puede afirmar que no hay ningún método único para determinar la regla respecto de la cual es autoridad un determinado precedente al que se reconoce autoridad.

b) En segundo lugar, ninguna formulación de una regla que tiene que ser extraída de los casos puede pretender ser la única correcta.

c) En tercer lugar, se puede decir que los tribunales, a pesar de estar limitados por las reglas extraídas de los precedentes, pueden llevar a cabo una actividad creadora o legislativa que se manifiesta, al menos de dos formas

1.-Puede llegar a una decisión contraria a la de un precedente al restringir la regla extraída de éste y al acoger alguna excepción antes no considerada.

2.-Los tribunales pueden dejar a un lado una restricción que aparece en la regla formulada en el caso anterior, ya que ella no es exigida por ninguna regla establecida por ley o por un precedente previo. Esto, a diferencia del caso anterior, hace ampliar la regla (2).

De este modo, la concepción de Hart en torno al Derecho, si bien sostiene la textura abierta del lenguaje jurídico y de sus consecuencias -la discrecionalidad de los jueces en la producción de reglas y la elaboración de estándares variables por parte de los cuerpos administrativos- también subraya la

---

(1)-Hart, C.D., cit., pág. 167. El estudio más completo del uso del precedente en Inglaterra se puede ver en R.Cross, "Precedent in English Law", Clarendon Press, Oxford, 1961.

(2) Como el mismo Hart ha señalado, a pesar de estas dos formas de actividad legislativa de los jueces, la aplicación del precedente en el sistema inglés ha producido un conjunto de reglas, de las cuales gran número son - tan determinadas como las contenidas en una ley. Sin embargo, estas reglas extraídas de los precedentes sólo pueden ser modificadas por ley. C.D., cit., pág. 168.



función de orientación o guía que el Derecho asume mediante reglas determinadas dirigidas a los funcionarios y a los particulares (1).

En realidad, las reglas jurídicas, al autorizar, prohibir o hacer obligatorias ciertas acciones humanas, suministrando a los ciudadanos y a los funcionarios y jueces pautas de comportamiento, y al estar compuestas por palabras que tienen las características propias de los lenguajes naturales, nunca podrán determinar con precisión y exactitud el alcance de su propio significado(2). Las palabras que aparecen en las normas jurídicas, para aludir a hechos

- 
- (1) Como resumen explícito de su concepción de la textura abierta y ambigüedad del lenguaje jurídico, en "Dias and Hughes on Jurisprudence", "Journal of the Society of Public Teachers of Law", N.S.4, 1958, p.143-149, dice Hart: "First: Words are vague: they have only a core of settled meaning; but beyond that a penumbra of borderline cases which is not regimented by any conventions..."  
Secondly: Words are ambiguous, i.e., have more than one relatively well settled use.  
Thirdly: We are tempted, when we are faced with words, to look round for just one thing or quality for which the work is supposed to stand.  
Fourthly: For any account descriptive of any thing or event or state of affairs, it is always possible to substitute either a more specific or a more general description.  
Fifthly: Obsession with the notion that words must always stand for the same "qualities" or the same set of qualities whenever they are used has stimulated two contrapuntual tendencies. The first is to insist that words like "possession" or "law" must, in spite of appearance, stand always for the same common qualities and the diversity is only apparent: this leads to the imposition on the diversity of the facts of a spurious "constructive" or fictitious unity. The second tendency is to insist that only some one of the range of cases in which a word is used is the proper or "real" meaning of the word: so that international law is not "really" law. As against both these tendencies, it is a good thing to repeat that words do not have one true or proper meaning" (p.144-145).
- (2) En este sentido, dirá Lord D.Lloyd: "Ordinary language, in which law is necessarily expressed (for how otherwise could its contact with real life be maintained?) is not an instrument of mathematical precision but possesses what has been happily described as an "open texture" "Introduction to Jurisprudence", Stevens & Sons, Londres, 3ª ed. 1972 (la 1ª edición de esta excelente y pedagógica obra es de 1959; esta obra es imprescindible para tener una visión general -con abundantes textos originales- de la teoría del Derecho angloamericana). Sobre la clasificación del lenguaje jurídico como un lenguaje natural -a pesar de sus tecnicismos y de su formalización- es interesante la polémica Soler-Carrió, para ello, vid. S.-Soler "Fé en el Derecho y otros ensayos", T.E.A., Buenos Aires, 1956; "La interpretación de la ley", Ed.Aiel, Barcelona, 1962; "Las palabras de la ley", F.C.E., México, 1969; y G.R.Carrió, "Notas sobre Derecho y Lenguaje", cit., p.37-44, y "Algunas Palabras sobre las Palabras de la Ley", -Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1971. Sobre este tema vid. también J.Wroblewski, "Semantic basis of the theory of legal interpretation", Logique et Analyse, nº 21-24, dic.1963, p.397-416; la bibliografía sobre los pro-

sucesos o actividades humanas, proporcionando pautas o criterios para guiar o juzgar estas últimas, tienen, pues, junto a un núcleo de significado claro y determinado, una zona de penumbra, es decir, son actual o potencialmente vagas. Esta vaguedad o incertidumbre aparece en su totalidad al enfrentarse - el juez ante un caso marginal o atípico (1). Mientras que en los casos claros la interpretación del significado de las reglas no ofrece en principio muchas dificultades -"descubriendo" su significado en la intención racional de la autoridad que la sancionó o el significado que en contextos y situaciones semejantes la fija el uso lingüístico preponderante-, en los casos difíciles el intérprete se ve forzado a adjudicar a la regla un sentido nuevo, decisión que estará guiada por ciertos standards sociales, morales y políticos (2). -

---

cont.-blemas derivados del análisis del lenguaje jurídico, es tan abundante que sería imposible intentar una recopilación en esta nota. Sin embargo, e independientemente de los trabajos que se citen a lo largo del presente estudio, es útil consultar las siguientes recopilaciones de ensayos: "Diritto e Analisi del linguaggio", ed. de U. Scarpelli (arts. de Austin, Bobbio, Carrió, Sforza, Olivecrona, Opalek, Oppenheim; Pattaro, Ross, - Scarpelli, Tarello, Williams, Wolheim, Wroblewski), ed. di Comunità, Milán, 1976; "Le Langage du Droit", tomo XIX de los "Archives de Philosophie du Droit" ed. Sirey, Paris, 1974; "L'interprétation dans le Droit", tomo XVII de los "Archives de Philosophie du Droit", ed. Sirey, Paris, 1972; - "Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto", año XLIV, serie III, junio-sept. 1967, Milán, Dott. A. Giuffrè ed., 1967 (artículos de Tarello, Cattaneo, Gavazzi, Gianformaggio, Scarpelli, Baratta, Ferrajoli, etc.). Vid. también, G. Tarello, "Diritto, Enunciati, Usi", Il Mulino, Bologna, 1974.

- (1) Sobre ello vid. Hart "Positivism and the separation of Law and morals", Harvard Law Review, vol. 71, nº 4, p. 593-629 (trad. cast. de G. R. Carrió, - "El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral", - ed. Depalma, B. Aires, 1962, en el libro "Derecho y Moral. Contribuciones a su análisis (vid. p. 25-28, donde se habla de los problemas de la penumbra y págs. 39-40 donde se habla de "un elemento central del derecho vigente que puede ser visto como un núcleo de significado central de las reglas". Vid. también J. Dickinson, "Legal Rules: Their Function in the Process of Decision" 79 University of Pennsylvania Law Review, 1931, p. 833, en especial, págs. 846-47.
- (2) Estos temas serán tratados con amplitud en el ap. 8.3.3. que analiza la tesis de la discrecionalidad judicial.

De esta consideración del lenguaje jurídico, el profesor Carrió deducirá tres importantes consecuencias para la teoría del Derecho (1): a) en primer lugar, la negación de la tesis de la "plenitud hermética" o "finitud lógica" del Ordenamiento jurídico. El orden jurídico no es un sistema cerrado o pleno, sino un "sistema abierto", entendido como un conjunto de reglas usadas por funcionarios y particulares como pautas o criterios de conducta (2).

b) en segundo lugar, la negación de la tesis de la función "declarativa" de la actividad judicial, y la afirmación del carácter creativo y constructivo de su labor ante los casos "difíciles".

c) en tercer lugar, la afirmación del carácter seguro y cierto del Derecho; junto a las "zonas de penumbra", existen importantes sectores de la vida social controlados por reglas jurídicas cuyo significado cubre claramente la enorme mayoría de los supuestos de hecho que están destinadas a regular.

En realidad, la posición de Hart trata de criticar dos tipos de uniformidad deformante: cuando la uniformidad se logra sobre la base de equiparar artificialmente todos los casos posibles con los casos "claros", sin ver los problemas de la "penumbra", se incurre en el defecto del formalismo; cuando la uniformidad se alcanza sobre la base de unificar artificialmente todos los casos posibles con los casos de penumbra, se incurre en el defecto opuesto, es decir, en el realismo extremo. En este apartado analizaremos brevemente la posición formalista y en el siguiente la realista.

---

(1) G.R.Carrió, "Notas sobre Derech...", cit., págs. 47-51.

(2) Sobre el concepto de sistema jurídico "abierto", vid. Levi "An Introduction to Legal Reasoning", The University of Chicago Press, Chicago, 1949. (hay trad.cast.de G.R.Carrió, "Introducción al razonamiento jurídico", - EUDEBA; Buenos Aires, 1964 (2ª ed.1971) vid.ap.I; Sobre el concepto de sistema jurídico "cerrado", vid., entre otros, N.Bobbio, "Il positivismo giuridico". G.Giappichelli, Turin, 1979, p.244 y ss; CE.Alchourron y E.Bulygin, "Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1974. (1ª ed. original, "Normative Systems", Library of Exact Philosophy, vol.5, Springer-Verlag, 1971, Viena). Es curioso observar como el dogma de la "plenitud" del Ordenamiento Jurídico, dogma defendido por la tradición del positivismo formalista, ha sido admitida por E.G.De Enterría y T.Ramón Fernández, "Curso de Derecho - Administrativo I", Civitas, Madrid, 3ª ed. 1979 (1ª ed. 1974), pág.56.

La variedad del formalismo más influyente y elaborada ha sido la dogmática jurídica (1). Sus tesis principales podrían resumirse del siguiente modo (2):

a) El Derecho es un sistema cerrado dotado de plenitud hermética o finitud lógica del que pueden deducirse soluciones para todos los casos reales o posibles.

b) El significado de la ley no se puede identificar con la voluntad histórica de un legislador, sino que evoluciona con el tiempo.

- 
- (1) La caracterización del formalismo jurídico puede verse en N.Bobbio, "Sul formalismo giuridico", Rivista italiana di diritto e procedura civile, 1, nueva serie, nº 4, 1958, p.977-998, ahora en "Giuridismo e positivismo giuridico", Milán, Comunità, 1965, p.79 y ss. Bobbio distingue cuatro significados de "formalismo jurídico": 1) una concepción formal de la justicia; 2) una concepción formal del Derecho; 3) una concepción de la ciencia del Derecho como ciencia formal y 4) una teoría formal de la interpretación jurídica. Una explicación del origen de esta actitud ante los problemas jurídicos puede verse en J.Walter Jones, "Historical Introduction to the Theory of Law", Clarendon Press, Oxford, 1940, caps. I y II. Vid. también el ensayo clásico de M.Weber "Economía y Sociedad", cap. VII - (Economía y Derecho. Sociología del Derecho) p.498 y ss. de la 4ª reimprisión (1979) de la 2ª ed.(1964) en castellano, F.C.E., México (título original de la 1ª ed., "Wirtschaft und Gesellschaft Grundriss der Vertschenden Soziologie", 1922, J.C.B.Mohr (P.Siebeck), Tubinga. El primer desarrollo coherente de la actitud metodológica del "formalismo" y la "jurisprudencia de conceptos" se encuentra en R.Ihering ("Der Geist des römischen Rechts", 1852-1865). La bibliografía sobre este tema es exhaustiva. Me limitaré a señalar tres trabajos excelentes: F.Glez. - Vicén, "Sobre los orígenes y supuestos del formalismo en el pensamiento jurídico contemporáneo", Anuario de Filosofía del Derecho, T.VIII, 1961; A.Hernández Gil, "Metodología del Derecho", Ed.Revista de Derecho Privado, Madrid, 1945, cap.IV; K.Larenz "Methodenlehre Der Rechtswissenschaft", - Springer-Verlag, Berlin-Heidelberg, 1979 (4ª ed., 1ª ed.1960) (hay trad. cast. de la 4ª ed. alemana de M.R.Molinero, "Metodología de la Ciencia del Derecho", Ariel, Barcelona, 1980, vid.p.39 y ss. Un estudio reciente sobre el formalismo, puede verse en M.Jori, "Il Formalismo Giuridico", - Quaderni di Filosofia Analitica del Diritto, Giuffré ed., Milan 1980.
- (2) Sobre la metodología de la dogmática, puede verse, recientemente, E.Zuleta Puceiro, "Paradigma Dogmático y Ciencia del Derecho", Ed.Revista de Derecho Privado, Madrid, 1981; A.Hernández Gil. "La ciencia jurídica tradicional, y su transformación", Cuadernos Civitas, Ed. Civitas, Madrid, 1981. Vid. también, C.Santiago Nino, "Consideraciones sobre la dogmática jurídica", UNAM, México, 1974.

c) Los juristas o científicos del Derecho racionalizan en conceptos la autosuficiencia del conocimiento jurídico en el marco de un Ordenamiento. Estos conceptos jurídicos son la base para sucesivas abstracciones de grado superior.

d) La tarea del juez o del intérprete se reduce a descubrir la regla general que solucione el caso concreto planteado. Esta tarea se logra, dice Carrió, "cuando la complejidad del caso lo requiere, mediante una integración sistemática, coherente y dinámica, de conceptos y figuras jurídicas tomadas de todo el ordenamiento" (1).

Creo que no es necesario volver a repetir los argumentos de Hart en contra de esta concepción dogmática del Derecho. La idea de que la textura abierta del lenguaje apoya la conclusión de que no hay Ordenamientos Jurídicos sin lagunas es una tesis que se deduce fácilmente de la obra de Hart. Para Hart, como veremos al analizar sus tesis sobre el positivismo jurídico, el significado de la palabra "Derecho" no debe incluir las pautas valorativas y los criterios de conveniencia social que se usan para decidir racionalmente los casos de penumbra, ya que éstos pueden presentarse de una forma menos misteriosa, diciendo simplemente que, al padecer las normas jurídicas de una incurable insuficiencia, las pautas valorativas y sociales sirven para suplir su irremediable falta de plenitud (2). Del mismo modo, al admitir que esas pautas o criterios valorativos forman parte del Ordenamiento Jurídico, en igualdad jerárquica con las reglas cuya aplicación cotidiana cubre la mayoría de los casos, se está defendiendo una concepción que considera al Derecho como un conjunto de reglas sin un núcleo de significado central, quedando todas las cuestiones referentes a la interpretación abiertas a reconsideración según criterios de conveniencia social. Esta tesis también será rechazada. Para Hart, si bien las reglas tienen una zona de penumbra, tienen también un área de incuestionable aplicación. Esta concepción deberá ser tomada en cuenta cuando

---

(1) G.R.Carrió, "Notas sobre Derecho...", op.cit., pág.53.

(2) Hart, "El positivismo jurídico...", op.cit., págs. 38 y ss.

analicemos la crítica de Dworkin a Hart, basada, como intentaré demostrar, - sobre un modelo que falsea la matizada concepción del profesor de Oxford (1).

#### 4.1.2.3.3. Escepticismo ante las reglas, Crítica.

Las principales tesis del positivismo jurídico formalista desencadenaron numerosas críticas y reacciones. No creo que sea necesario aquí analizar la evolución histórica y teórica de sus principales exponentes; sin embargo; independientemente de las referencias concretas que expondré en el apartado - A.4.3. y A.4.4. del presente trabajo, sí sería interesante recordar, al menos, las dos grandes líneas críticas del formalismo: una podría ser denominada la tendencia moderada, en la que se pueden situar la obra del último Ihering (2),

---

(1) Vid.ap.B.3.3.. Sobre la textura abierta del lenguaje jurídico, vid. los interesantes artículos de Glanville Williams, "Language and the Law", - The Law Quarterly Review, vol.61 y 62 (1945-46), "International Law and the Controversy Concerning the Word Law" 22 British Year Book of International Law, 1945 y "The Controversy Concerning the word 'Law'" (versión revisada del artículo anterior) en Philosophy, Politics and Society, First Series, Basil Blackwell, Oxford, 1975; John Dickinson, "Legal Rules: Their Function in the Process of Decision", 79 Pennsylvania Law Review, p.833, y ss (1931), "The Law behind the Law", 29 Columbia Law Review (1929), y - "The Problem of the Unprovided Case", en "Recueil d'Études sur les sources de droit en l'honneur de F.Geny", tomo II, p.503 y ss. Para G.Williams la vaguedad real o potencial de las normas jurídicas destruye en forma total y para siempre la ilusión de que el Derecho puede ser completamente cierto; correlativamente, la teoría destruye la ilusión de que la función de los jueces se reduce a aplicar el Derecho. Por su parte, Dickinson critica la tesis del carácter auto-suficiente del Derecho en virtud de la textura abierta del lenguaje jurídico; también se resiste a admitir - que las pautas o standards valorativos que los jueces usan para decidir los casos de la zona de penumbra sean considerados parte del Derecho, ya que no tienen ni la claridad, precisión y autoridad de las normas jurídicas: si se preserva el sentido restringido de la palabra "Derecho" se hace justicia al hecho de que hay numerosísimos supuestos frente a los cuales las reglas no ofrecen dificultades de interpretación; los casos de - "penumbra" si bien son frecuentes, no por ello dejan de ser patológicos o anormales.

(2) R.Ihering, "Der Zweck im Recht", dos tomos, Leipzig, 1877 y 1884 (hay trad. cast. "El fin en el Derecho" de Abad de Santillán, Ed. Cajica, Puebla, - México, 1961).

la "Interessenjurisprudenz" -cuyo exponente más brillante fué Philipp Heck - (1), la escuela francesa de Gén. y (2), la obra de Pound y Cardozo, (3), etc.; la otra tendencia podría ser denominada "extrema", en la que se debe incluir la "Freirechtslehre" o Escuela del Derecho libre, de origen alemán (4), y su contrapartida en el mundo anglosajón, el llamado realismo jurídico norteamericano de la década de los años treinta, así como el Realismo jurídico escandinavo (5).

Sería pretencioso por mi parte intentar reproducir aquí las críticas - al formalismo. Sin embargo, antes de analizar la crítica que Hart lleva a cabo, es conveniente señalar que los "realistas" -denominando de este modo ambiguo a las tendencias diferenciadas anteriormente-, al rechazar la descripción formalista de la actividad de la administración de justicia -en cuanto que es considerada falsa como descripción e inconveniente como modelo de lo que deben hacer los jueces o funcionarios al decidir casos concretos-, llegan a negar la función de guía de las conductas sociales que las normas desempeñan en la práctica del Derecho. Es decir, la conclusión a la que llegan los

- 
- (1) Philipp Heck, "Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz" (1932), trabajo traducido al inglés con el título "The Formation of Concepts and the Jurisprudence of Interests", Harvard University Press, Cambridge, Mass.-1948, pgs. 101-256.
  - (2) F.Gény, "Méthode d'interprétation et sources en droit privé positive" (1899 (hay trad.cast. con el título "Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo", ed.Reus, Madrid, 1925). Hay nueva ed.francesa Paris, 1954.
  - (3) R.Pound, "The scope and purpose of sociological jurisprudence", 24 Harvard Law Review, p.591 y ss (1911) y 25 H.L.R., p.140 y 489 (1911-12) B.N.Cardozo, "The Nature of Judicial Process", New Have, 1921 (hay trad.cast., "La naturaleza de la función judicial -trad.de E.Ponssa y prólogo de Cossio-, Arayú, Buenos Aires, 1955, vid. también "The Growth of the Law", Yale University Press, New Have, 1924; "The Paradoxes of Legal Science", Columbia, University Press, Nueva York, 1928.
  - (4) H.Kantorowicz "Der Kampf um die Rechtswissenschaft" (trabajo publicado en 1906 bajo el seudónimo de Gnaeus Flavius; hay trad.cast "La lucha por el Derecho", incluida en el vol."La Ciencia del Derecho", Ed.Losada B.Aires 1949).
  - (5) Me remito a los apartados A.4.3. y A.4.4. Aparte de la revisión crítica de la obra de Ross que Hart lleva a cabo -y que analizaré al exponer el concepto de validez-, Hart revisa la obra de A.Hägerström, "Inquiries into the Nature of Law and Morals" en "Philosophy", nº 30, 1955, p.369-373.

"realistas" me parece un error similar a las insuficiencias de la posición - formalista. También creo necesario advertir que el modelo que Hart tiene en cuenta para criticar este peculiar "escepticismo ante las reglas", es el - "realismo jurídico norteamericano" y el "realismo jurídico escandinavo".

Según Hart, en todos los Ordenamientos Jurídicos existe un importante y amplio campo abierto al ejercicio de la discrecionalidad por parte de los tribunales y por otros funcionarios: fijan el contenido de criterios o pautas inicialmente vagos, resuelven las incertidumbres de las leyes y desarrollan las reglas comunicadas en forma muy general por los precedentes revestidos - de autoridad (1). Ahora bien, este tipo de actividad tiene lugar dentro de - una estructura consistente en reglas generales, reglas que no sólo orientan sus funciones, sino que otorgan las potestades y competencias correspondientes para su ejercicio.

Hart señala diversas variedades del escepticismo ante las reglas, soma tiéndolas a una matizada crítica. Estas posiciones podrían ser resumidas del siguiente modo (2):

1) La afirmación de que el Derecho consiste simplemente en las decisio nes de los tribunales y en la predicción de ellas es una pretensión teórica incoherente, ya que la existencia de un tribunal implica la existencia de re glas secundarias que confieren potestad jurisdiccional a determinados sujetos y, con ello, autoridad a sus decisiones. La idea de "regla" es imprescindible para sostener la idea de "decisión con autoridad" y, con ella, la idea de tri bunal. Las simples nociones de "hábito" y "obediencia habitual" como conceptos correlativos de la "predecibilidad" de las decisiones judiciales, adolecen de una serie de insuficiencias explicativas susceptibles de ser subsanadas - con la noción de "regla".

---

(1) Hart, C.D., op.cit., pág. 169.

(2) Hart, C.D., op.cit., págs. 170-183. Esta discusión se completa en los ap. B.1.1.5.2.2., B.2.5. y B.2.6.. También se harán referencias concretas - cuando se analice el concepto de validez en Hart y su crítica de la teoría jurídica de A.Ross.



2) La afirmación de que las leyes no son Derecho sino únicamente fuentes de Derecho, mientras no sean aplicadas por los tribunales, es incompatible con la afirmación de que sólo existen las reglas necesarias para constituir los tribunales. Tiene que haber también reglas secundarias que confieren potestades legislativas a determinados sujetos.

3) Las normas jurídicas funcionan en la vida de sus destinatarios como pautas o criterios jurídicos de su conducta que son aceptados ("punto de vista interno") y no como simples hábitos o como fundamentos para predecir las decisiones de los jueces o las acciones de otros funcionarios. El Derecho como pauta o criterio jurídico de conducta está presente al criticar la conducta desviante de otros sujetos, al justificar sus exigencias y al admitir críticas y exigencias hechas por los demás; como dice Hart, "los individuos no se limitan al punto de vista externo, esto es, a registrar y predecir las decisiones de los tribunales o la probable incidencia de las sanciones. En lugar de ello, constantemente expresan en términos normativos su aceptación compartida del derecho como guía de conducta" (1). Las reglas, por tanto, son usadas como tales, y no como descripciones de hábitos o como predicciones; evidentemente, el ámbito predictivo de tales reglas será el correspondiente a su textura abierta, ámbito en el que los individuos sólo podrán predecir cómo decidirán los tribunales y ajustar su conducta a ello.

4) El "escepticismo ante las reglas" afirma la ausencia de pautas o criterios de conducta judicial correcta; para los defensores de esta tesis nada hay en la conducta de los jueces que manifieste el punto de vista interno característico de la aceptación de reglas. Hart los ha calificado de "absolutistas desilusionados" (2): rechazado el paraíso formalista, la concepción del escéptico sobre lo que es la existencia de una regla puede consistir en un -

---

(1) Hart, C.D., op.cit., pág. 172,

(2) Hart, C.D., op.cit., pág. 173. Sobre el escéptico como un absolutista desilusionado vid. Miller, "Rules and Exceptions", 66 International Journal of Ethics (1956). Este tema será tratado posteriormente por Hart en "American Jurisprudence through English eyes: the Nightmare and the Noble Dream", Georgia Law Review, vol. 11, sept. 1977, nº 5, págs. 969-989. - (vid. ap. B.3.3.).

ideal inalcanzable, expresando su desilusión al negar que haya o que pueda haber regla alguna. Las reglas sólo serán consideradas importantes en tanto en cuando nos ayudan a predecir la futura conducta de los jueces. Argumentar de esta forma, dirá Hart, nos sitúa ante el siguiente dilema (1): "O las reglas son lo que serían en el paraíso del formalista y ellas sujetan como cadenas; o bien no hay reglas, sino únicamente decisiones predecibles o tipos de acción predecibles". Para Hart, este dilema es falso. Del hecho de que las reglas tengan excepciones no susceptibles de un enunciado exhaustivo, no se sigue que en todos los supuestos se queda a la libre discrecionalidad sin estar obligado a cumplir tales reglas.

5) Otra de las variantes del escepticismo normativo señalada por Hart consiste en la confusión entre la aceptación de una regla que nos exige una conducta determinada y las cuestiones psicológicas sobre los procesos mentales que preceden o acompañan la acción. Cuando se mueve una pieza de ajedrez de acuerdo con las reglas del juego, o cuando nos detenemos ante un semáforo en rojo, nuestra conducta es con frecuencia una respuesta directa ante tales situaciones, respuesta que no presupone un paso intermedio o un cálculo en términos de las reglas. Del mismo modo, es posible decir que en numerosas ocasiones los jueces toman sus decisiones de forma intuitiva, comprobando a posteriori su racionalización jurídica mediante los códigos y las reglas jurídicas vigentes. Ahora bien, estos casos no constituyen un obstáculo para afirmar que, en la mayoría de los casos, las decisiones son obtenidas mediante el esfuerzo para ajustarse a reglas conscientemente aceptadas como pautas o criterios orientadores, o, al menos, que las decisiones se hallan justificadas por reglas que el juez estaba dispuesto a observar a priori, y cuya relevancia jurídica para la solución del caso planteado es generalmente reconocido.

6) La última y más interesante versión del escepticismo ante las reglas analizada por Hart se fundamenta en el hecho de que la decisión de un tribunal ocupa una posición peculiar como algo que se posee autoridad, y, tratán-

---

(1) Hart, C.D., op.cit., pág. 173.

dose de tribunales supremos, autoridad final (1). Para sostener la falta de plausibilidad de las consecuencias de una concepción judicialista y predictiva del Derecho, Hart pone como ejemplo análogo, propio de la tradición filosófica anglosajona, el caso de un juego con reglas de tanteo y árbitro (2). En el caso de que en el juego no se hayan introducido reglas de competencia que instituyen un árbitro cuyas resoluciones son definitivas (caso similar, como veremos, en el ap.8.1.2., del modelo jurídico simple sin reglas secundarias), los enunciados de los jugadores sobre el número de puntos o tantos conseguidos son enunciados internos que aplican la regla de tanteo, y aunque presuponen que los jugadores observarán en general las reglas y rechazarán críticamente su violación, no pueden ser descritos como enunciados predictivos de estos hechos. Del mismo modo, si el juego incluye un árbitro, las determinaciones de éste tendrán un status que las hace indiscutibles, aunque en su deber aplicar la regla de tanteo lo mejor posible; en este caso, los enunciados que sobre el número de tantos convertidos formulan los jugadores u otros particulares serán irrelevantes desde el punto de vista del resultado, es decir, son aplicaciones no oficiales de la regla de tanteo, y por ello carecen de significación para computar el resultado. De este ejemplo, Hart extrae dos consecuencias (3):

a) en primer lugar, el enunciado "el marcador es lo que el árbitro dice que es" —a semejanza de las versiones predictivas del Derecho— no es la regla de tanteo: es simplemente una regla que establece que la aplicación de la regla de tanteo a los casos particulares hecha por el árbitro tiene autoridad y carácter definitivos.

b) en segundo lugar, se puede decir que las decisiones del árbitro (juez) aunque definitivas, no son infalibles, ya que la regla de tanteo, aunque co

---

(1) Hart, C.D., op.cit., pág. 175. Las dos expresiones más claras de este tipo de escepticismo podrían ser formuladas en estos dos enunciados: "El Derecho (la Constitución) es lo que los tribunales dicen que es", "Las reglas jurídicas son las predicciones de las decisiones de los tribunales" (sobre ello vid. la bibliografía citada en los apartados A.4.3. y A.4.4.).

(2) Hart, C.D., op.cit., pág. 176 y ss

(3) Hart, C.D., op.cit., pág. 179.

mo otras reglas- contienen su área de textura abierta donde el árbitro tiene que ejercer una elección, posee sin embargo un núcleo de significado cierto y establecido (1).

De este modo, la proposición "la Constitución (o el Derecho) es lo que los jueces dicen que es" puede ser considerada como una proposición falsa, ya que los jueces integran un sistema cuyas reglas son lo suficientemente determinadas en su núcleo central como para suministrar criterios o pautas de decisión judicial correcta: esto delimite, aunque no anula, la actividad creadora de los jueces. La existencia de una regla que exige a los jueces que acepten como Derecho la promulgación legislativa, implica, al menos, dos cosas: en primer lugar, la existencia de un acatamiento general a esa exigencia, ya que los jueces rara vez se apartan de ella o la desconocen; en segundo lugar, implica que cuando tal desviación o desconocimiento individual ocurre -o si ocurriera- es tratado -o sería tratado- por una gran mayoría como algo incorrecto y criticable, aunque estas decisiones fueran definitivas y firmes sin posibilidad de recurso (2).

De la misma forma, la proposición "las reglas jurídicas son la predicción de las decisiones de los tribunales" no es correcta, ya que el fundamento de tal predicción es el conocimiento del hecho de que los tribunales consideran a las reglas jurídicas no como predicciones, sino como criterios o pautas de comportamiento, criterios lo suficientemente determinados -a pesar de su textura abierta- para limitar -aunque no para excluir- su discrecionalidad ante la decisión de casos concretos e individualizados. Como ha dicho Hart, "si bien la existencia de reglas en cualquier grupo social posibilita la predicción, y a menudo le da fuerza, no puede ser identificada con ella". (3).

---

(1) Es cierto que las decisiones incorrectas del árbitro tienen la misma eficacia que las decisiones obviamente correctas. Ahora bien, en analogía - con el ámbito jurídico, siempre existirá un límite en la tolerancia del mal uso de la discrecionalidad del árbitro, ya que si esta discrecionalidad es exageradamente incorrecta, alterará incluso la propia naturaleza del juego: no se tratará ya de fútbol, sino de un nuevo juego: "el arbitrio del árbitro".

(2) Hart, C.D., op.cit., p. 182. Sobre las condiciones de existencia de un - Ordenamiento Jurídico, vid. ap.8.2.2.

(3) Hart, C.D., op.cit., pág. 183.

#### A.1.2.4. Definición y Teoría en la Ciencia del Derecho: problemas metodológicos.

En la obra de Hart es difícil encontrar ensayos o reflexiones metodológicas strictu sensu. Quizá haya sido en su clase inaugural dictada en la Universidad de Oxford el 30 de mayo de 1953 con el título "Definition and Theory in Jurisprudence" (1), donde Hart haya puesto de manifiesto de una forma más o menos esclarecedora algunas reflexiones filosóficas sobre el análisis del lenguaje jurídico como principal método en el análisis y comprensión de los problemas jurídicos. Aunque, como es evidente, el desarrollo de su peculiar metodología se comprenderá mejor al analizar los temas recurrentes de su teoría general del Derecho, creo que es interesante analizar en este apartado -cuyo título corresponde a la citada conferencia- las cuestiones que Hart plantea acerca del problema teórico de las definiciones jurídicas.

Parte Hart de la constatación de ciertas perplejidades en aquellas preguntas de la teoría jurídica analítica que son habitualmente consideradas como preguntas definicionales, como por ejemplo, ¿Qué es el Derecho?, ¿Qué es un Estado?, o ¿Qué es un derecho subjetivo? (2). Este tipo de pregun

---

(1) Clarendon Press, Oxford, 1953, 28 pgs. (reeditado en 70 Law Quarterly Review, p.37 y ss, 1953). En adelante citaré por la trad.cast.de G.A.Carrió, "Definición y Teoría en la Ciencia Jurídica", en "Derecho y Moral. Contribuciones a su análisis", op.cit., p.93-138. Sobre este artículo, véase las ponencias de los profesores J.Cohen y el propio H.L.A.Hart en el "symposium" que tuvo lugar en la Universidad de Leeds del 8 al 10 de julio de 1955, organizado por la "Aristotelian Society and the Mind Association"; el sábado 10 de julio, a las 10 a.m. tuvo lugar la discusión sobre "Theory and Definition in Jurisprudence", teniendo como referencia principal la conferencia inaugural de Hart. Las ponencias están recogidas en el Supplementary Vol.XXIX de la Aristotelian Society, con el título general - "Problems in Psychotherapy and Jurisprudence", Harrison and Sons Ltd. - Londres, 1955. Un resumen de los problemas de definición y análisis del Derecho puede verse en Hart, "Philosophy of Law, Problems of", voz de la "Encyclopedia of Philosophy", op.cit., p.264-268. De la pág.268 a 272 - Hart resume los problemas del razonamiento jurídico, y de la pág.272 a la pág.275, los problemas teóricos de la crítica del Derecho.

(2) "Definición y Teoría...", op.cit. p.94. Para justificar la elección de este tema como objeto de su conferencia, dice Hart: "He elegido este tema porque se me ocurre que el método común de definición no está bien adaptado al derecho y ha complicado su exposición; su uso, pienso, ha conducido en ciertos puntos a un divorcio entre la teoría jurídica y el estudio del derecho en funcionamiento, y ha contribuido a crear la impresión de que existen algunos conceptos fundamentales que el jurista no puede pretender elucidar sin internarse en una amenazante maraña de disputa filosófica."

tas presentan una gran ambigüedad, ya que su contestación puede referirse, - ya a una definición, como al posible origen, causa, propósito o justificación de una institución jurídica o política. Si se intenta aclarar este tipo de - preguntas mediante su reformulación del siguiente modo: ¿Cuál es el significado de la palabra "Estado"? , o, ¿Cuál es el significado de la expresión "de recho subjetivo"? , podemos seguir desconcertados, porque, como ha dicho Hart, "...la perplejidad emana del hecho de que aunque el uso común de estas palabras es conocido, éste no es comprendido; y no lo es porque comparados con - la mayoría de las palabras comunes, estos términos jurídicos son anómalos en diversos modos" (1). Este tipo de dificultades podrían ser reducidas a dos:

1) en primer lugar, hay que constatar la diversidad de casos a los cuales se aplica el término "Derecho", diversidad que, en principio, frustra el intento inicial de hallar algún principio general tras su aplicación -aunque como veremos, Hart intentará reconstruir algún test general o criterio mediante el cual se identifican las reglas del sistema-.

2) en segundo lugar, las expresiones o términos jurídicos no tienen la directa conexión con contrapartidas en el mundo empírico que caracteriza a - las palabras más usuales y a las que se recurre en las definiciones de palabras habituales, -por ejemplo, una persona jurídica no es un conjunto de personas individuales-.

En realidad, el análisis del significado de los términos usados en un Ordenamiento Jurídico presupone, como ha dicho Hart, cierto "lastre de teoría" (2), y la sospecha de que el enfoque no es adecuado se confirma por ciertas características que se presentan en tales teorías. Podríamos resumirlas del siguiente modo:

---

(1) "Definición y Teoría...", op.cit., págs. 95 y 96.

(2) La expresión es de Hart. Vid. "Definición...", op.cit., p.98. Sobre el problema de las definiciones jurídicas, puede vid. A.Belvedere, M.Jori y L. Lantella, "Definizioni giuridiche e ideologie", Giuffré, Milán, 1979. En castellano, vid., el libro homenaje a Ambrosio L.Gioja, "Derecho, Filosofía y Lenguaje", ed. Astrea, Buenos Aires, 1976, en especial los artículos de J.A.Bacqué "Método y usos de la Definición (a propósito de las definiciones jurídicas)", p.1-8, y Ulrich Klug, "Consideraciones sobre las definiciones semánticas en Derecho", p.89-102. Vid, también Juan Ramón Capella, "Notas sobre la definición legal", Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid, 1963, págs. 36-50.

1) En primer lugar, las teorías que apoyan las distintas definiciones jurídicas suelen clasificarse, con frecuencia, en alguno de estos tres tipos:

a) teorías que sostienen la tesis de que los términos jurídicos designan alguna variante inesperada del uso común de las palabras (un hecho complejo cuando se espera algo simple, un hecho futuro cuando se espera algo presente, un hecho psicológico cuando se espera algo externo; así, por ejemplo, el realismo jurídico norteamericano nos define los términos jurídicos en expresiones mediante las que describimos nuestras profecías de la conducta probable de los jueces o funcionarios) (1).

b) teorías que nos dicen que los términos jurídicos designan algo que en algún sentido es una ficción (así, el realismo jurídico escandinavo dice que un derecho subjetivo no es en absoluto algo real, sino un poder ideal, ficticio o imaginario) (2).

c) En tercer lugar, las teorías que sostienen que los términos jurídicos designan algo que difiere de otras cosas que se pueden experimentar sensorialmente (son las clásicas teorías iusnaturalistas según las cuales un derecho subjetivo es una "realidad objetiva", una entidad invisible que existe separadamente del comportamiento de los hombres) (3).

2) En segundo lugar, las teorías jurídicas suelen olvidar la función - que los conceptos desempeñan en la práctica jurídica, olvidando al mismo tiempo el uso práctico y cotidiano de tales conceptos (4).

---

(1) Un ejemplo: O.W.Holmes, "La senda del Derecho", Abeledo Perrot, B.Aires, 1975, p.17: "...lo que llamamos obligación o deber jurídico no es sino - una predicción de que si una persona realiza o deja de realizar ciertos actos deberá sufrir de esta o aquella manera la sanción de un tribunal de justicia; y otro tanto puede decirse de la facultad jurídica o derecho - subjetivo" (ed.or."The Path of the Law", en Collected Legal Papers, Nueva York, 1920).

(2) Por ejemplo, vid. las reflexiones de A.Hägerström sobre el concepto de "derecho subjetivo" en "Inquiries into the Nature of Law and Morals" póstumo, ed. de K.Olivecrona, Uppsala, Almqvist & Wiksell, 1953, p.4 y ss.

(3) Por ejemplo, vid. la concepción "organicista" de Otto van Gierke en "Deutsches Privatrecht", Leipzig, 1895.

(4) Sin embargo, creo que sería difícil separar tajantemente la descripción de un hecho o acto jurídico de la "teoría" que nos sirve, al menos, como punto de vista. En este sentido, el prof. J.Cohen en la ponencia antes citada, p.215-216, dice: "I shall argue that any adequate elucidation of legal terms like "right" or "corporation" is inevitably bound up - implicitly or explicitly, systematically or piecemeal - with what Hart would call "theory", and that this connection need not involve any linguistic muddle".

3) En tercer lugar, Hart destaca las confusiones metodológicas y la -disparidad de problemas y objetivos que deberían distinguirse en el análisis de tales teorías. Así, por ejemplo, deberían diferenciarse las descripciones acerca del proceso judicial y la pretensión totalizadora de una definición -del Ordenamiento Jurídico.

Expuestas tales dificultades, la tarea de Hart consistirá en exponer -un método adecuado para el análisis de los conceptos jurídicos, con la finalidad de comprender de una forma más esclarecedora el funcionamiento y el -uso real de los conceptos en la práctica de un Ordenamiento Jurídico. Y será precisamente Bentham quien suministre una pauta inicial de trabajo al exponer su método "parafrástico" (1). Recordemos, en pocas palabras que Bentham había subrayado la importancia del análisis contextual de los términos y conceptos jurídicos, rechazando el método de definición "per genus et differentiam". Del mismo modo, Hart emplea como una analogía simple de la estructura lógica de las reglas jurídicas, las reglas de un juego -por supuesto, el cricket- -con el fin de exponer y analizar cuatro características generales del lenguaje jurídico (2):

1) En primer lugar, los enunciados jurídicos (por ejemplo, "A tiene de recho a que B le pague 5.000.000 pts) presuponen la existencia de un Ordenamiento Jurídico con todo lo que esto implica en cuanto a obediencia general, a la aplicación de las sanciones del sistema y a la probabilidad general de su continuidad. Ahora bien, aunque esta compleja situación es presupuesta -en el uso de este tipo de enunciados, este tipo de expresiones no afirma que aquella situación existe. Se trata de dos enunciados distintos: uno, usa las reglas jurídicas; el otro es un enunciado acerca de la existencia y eficacia de las mismas reglas. Los análisis predictivos de los conceptos jurídicos hacen caso omiso de esta distinción; decir que "A tiene un derecho" es una pre

---

(1) Vid. anteriormente, ap. A.1.1.1.1.

(2) "Definición y Teoría...", op.cit., p. 104 y ss. Una crítica de la equiparación entre las reglas jurídicas y las reglas de un juego puede verse en la ponencia citada de Cohen, p.223-226.



dicción de lo que hará un tribunal o funcionario, es, en definitiva, confundir ambos tipos de enunciados. Como dice Hart, "...no cabe duda de que cuando alguien tiene un derecho subjetivo estará normalmente justificada una predicción correspondiente, pero esto no debe llevarnos a identificar dos formas de enunciado totalmente distintas" (1).

2) El uso de este tipo de enunciados ("A tiene derecho a que B le pague 500.000 pts"), al mismo tiempo que presupone la existencia de un Ordenamiento Jurídico, está conectado de una forma especial con una regla particular del sistema: el enunciado implica la existencia de alguna o algunas reglas de Derecho conforme a las cuales dados ciertos hechos se siguen ciertas consecuencias jurídicas y, a la vez, una afirmación de que tales hechos han ocurrido. Es decir, este enunciado no describe ni designa ninguna expectativa o poder, sino que tiene significado solamente como parte de una proposición cuya función consiste en extraer una conclusión de Derecho a partir de una regla jurídica de tipo específico.

3) En tercer lugar, el enunciado anterior expresado por un juez al decidir el caso tiene un status diferente a su formulación fuera del tribunal. Mientras que la formulación del juez es oficial, está revestida de autoridad y, en última instancia, es definitiva, la formulación pronunciada por un particular no tiene ninguna de estas características. Ahora bien, esto no debe hacernos confundir el carácter definitivo de la decisión de un juez con la infalibilidad, ni ello implica, como es obvio, la definición del Derecho en términos de lo que hacen los tribunales.

4) Por último, Hart subraya el hecho de que en todo sistema normativo, jurídico o no, pueden existir excelentes razones prácticas para que las reglas imputen consecuencias idénticas a hechos muy distintos entre sí. Es decir, en el lenguaje normativo no es necesario que exista nada en común entre distintas situaciones o hechos para que se hallen incluidas bajo la misma regla, -

---

(1) "Definición y Teoría...", op.cit., p. 105. En el caso del juego, el enunciado "X está en fuera de juego" no es un enunciado acerca de las reglas en el sentido que ellas serán aplicadas o reconocidas en un caso dado, - ni ningún otro tipo de enunciado acerca de éstas.

aunque pueda darse alguna similitud o analogía entre ellas. Lo que es importante subrayar es el hecho de que una secuencia de acción o de estados de cosas es unificada por el simple hecho de caer bajo ciertas reglas. La preocupación por la búsqueda de alguna característica común al explicar los conceptos jurídicos, puede desviar nuestra atención de las condiciones bajo las cuales se usan estos conceptos y sobre qué características generales de dicho sistema y qué razones prácticas llevan a que casos diferentes sean tratados como iguales.

Después de este análisis, dira Hart: "Estas cuatro características generales del lenguaje jurídico explican por qué la definición de expresiones como "derecho subjetivo", "deber" y "persona jurídica" resulta frustrada por la ausencia de alguna contrapartida que "corresponda" a esas palabras, y explica también por qué las contrapartidas en modo alguno obvias que con tanto ingenio se han elaborado- los hechos futuros, los hechos complejos o los hechos psicológicos- no resultan ser algo en términos de lo que podamos definir aquellas expresiones, sino que resultan ser algo conectado con ellas en formas complejas o indirectas" (1). Al llegar a este punto, Hart recuerda de nuevo la crítica de Bentham al método tradicional de definición, replanteando los límites de su eficacia y sus presuposiciones (2).

La clásica definición "per genus et differentiam", al ofrecer un conjunto de palabras que pueden siempre sustituir a la palabra definida, ofreciéndonos un sinónimo o una traducción comprensible de la expresión que nos desconcierta, es peculiarmente apropiada cuando las palabras desempeñan una función representativa de cierta clase de cosa, cualidad, persona, proceso o acontecimiento. Ahora bien, si nos preguntamos -argumentará Hart-, como ocurre con los conceptos jurídicos fundamentales, acerca de la categoría general a la que algo pertenece y acerca de cómo se relaciona con los hechos cierto tipo de expresión general, este tipo de definición será muy poco esclarecedor: "...

---

(1) "Definición y Teoría,...", op.cit., pág. 110 y 111.

(2) Sin embargo, el propio Bentham es sometido a crítica por Hart. Vid. "Definición...", op.cit., págs. 115-117.

porque un modo de definición dirigido a ubicar alguna especie subordinada dentro de una categoría familiar, no puede elucidar las características de una categoría anómala; y es equívoca, porque habrá de sugerir que lo que en los hechos es una categoría anómala es, después de todo, una especie de lo familiar" (1).

En lugar de este tipo de definiciones, Hart propone una explicación natural que especifique las condiciones bajo las cuales la proposición a explicar es verdadera, mostrando cómo se usa al extraer una conclusión de las reglas en un caso particular (2). De este modo, el profesor Hart, a modo de ejemplo, propone un análisis de la expresión "un derecho subjetivo" en los siguientes términos (3):

"1) Un enunciado de la forma "X tiene un derecho subjetivo" es verdadero si se satisfacen las condiciones siguientes:

- a) existe un sistema jurídico.
- b) conforme a una regla o reglas del sistema, otra persona, Y, está, en las circunstancias que han acaecido, obligada a hacer o a omitir alguna acción;
- c) el orden jurídico hace depender esta obligación de la elección de X o de alguna otra persona autorizada a actuar en su nombre, de tal modo que, o bien Y está obligado a realizar o a omitir cierta acción sólo si X (o su representante) así lo quiere, o bien sólo mientras X (o dicho representante) no quieran otra cosa.

2) Un enunciado de la forma "X tiene un derecho subjetivo" se usa para extraer una conclusión de derecho en un caso particular que cae bajo tales reglas" (4).

---

(1) "Definición y Teoría...", op.cit., p. 112-113.

(2) Sobre ello, vid. el ejemplo que Hart propone del término "baza" empleado en el juego (op.cit., p. 114).

(3) "Definición...", op.cit., págs. 117 y 118.

(4) Como Hart ha indicado expresamente en el artículo cit., "Definición...", (n.14), esto se refiere solamente a un derecho subjetivo en el primer sentido (correlativo a deber) distinguido por Hohfeld. Vid. Hohfeld "Some fundamental legal conceptions as applied to judicial reasoning", 23 Yale Law Journal, p. 16 y ss. New Haven, Connecticut, U.S.A., 1913. La traducción española a cargo de G.R.Carrió, "Conceptos jurídicos fundamentales", Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1968, se ajusta al texto incluido en el libro de W.N.Hohfeld, "Fundamental Legal Conceptions", Yale University Press, 2ª reimpresión, 1964. Con respecto a los otros sentidos de la palabra "derecho" (privilegio, potestad e inmunidad) que le

De esta modo, el tipo de análisis utilizado por Hart para la elucidación del concepto de "derecho subjetivo", es usado para el análisis de las denominadas "personas jurídicas colectivas" -admitiendo como respuesta una descripción de cómo y bajo qué condiciones se usan en la práctica este tipo de nombres- (1), o para el análisis de la responsabilidad civil de un Estado (2) o el de una empresa unipersonal de responsabilidad limitada (3). Con respecto a las "personas jurídicas", gran parte de los errores de la teoría jurídica han consistido, en opinión de Hart, en buscar una traducción a otros términos para enunciados que se refieren a personas jurídicas, en lugar de especificar las condiciones bajo las cuales tales proposiciones son verdaderas y la manera en que se usan. Para Hart, la teoría de Hohfeld acerca de las personas jurídicas- que Hohfeld descomponía en enunciados acerca de las capacidades, derechos, potestades, privilegios y responsabilidades de las personas físicas participantes en la compañía determinada- falla porque, si bien nos informa acerca de las consecuencias jurídicas que sobre los individuos se deducen del enunciado original, no nos da la fuerza y el significado del mis

---

cont.-da Hohfeld, para Hart, el elemento unificador consistiría en que el derecho reconoce específicamente la elección de un individuo, ya negativamente al no impedirla u obstruirla (libertad e inmunidad), ya afirmativamente al darle un efecto jurídico (pretensión y potestad). En los casos negativos no hay norma que interfiera si el individuo opta por realizar u omitir alguna acción (libertad) o por conservar su posición jurídica inalterada (inmunidad); en los afirmativos, el Derecho da efecto jurídico a la elección de un individuo dirigida a que otro haga u omita alguna acción, o que la posición jurídica de alguna otra persona sea modificada. Lo que es importante destacar aquí, en relación con la tesis de Hart, es que al decir que una persona tiene un derecho no se está haciendo referencia a ninguna elección efectiva, sino que, o bien las reglas de Derecho correspondientes son tales que si el sujeto elige se siguen ciertas consecuencias, o no hay reglas para impedir su elección si la hace. El tipo de análisis que Hart lleva a cabo sobre el concepto de derecho subjetivo puede completarse con las referencias al Ordenamiento Jurídico que Hart establece en "Theory and Definition...", ponencia cit., p.251 y ss. Sobre la teoría de los derechos subjetivos en Hart, vid. D.N. MacCormick, "Rights in Legislation", en "Law, Morality and Society", op.cit., p.189-209.

(1) "Definición...", op.cit., p.121 y 125-138.

(2) "Definición...", op.cit., p.123 y ss.

(3) "Definición...", op.cit., p. 124 y 125.

mo enunciado. La función que desempeña el enunciado original consiste en extraer una conclusión de Derecho a partir de las reglas especiales referentes a sociedades, y a partir de reglas extendidas por analogía del caso de individuos, y, por tanto, un enunciado que aplica una regla jurídica extrayendo una conclusión de ella no puede nunca identificarse con un enunciado acerca de una regla jurídica (1). Para Hart, gran parte de los errores de las teorías jurídicas -acerca del problema de las personas jurídicas, aunque esta consideración puede ser extensible a otros conceptos- consiste en ocultar el hecho de que cuando las palabras usadas normalmente para aludir a individuos -son aplicadas a personas jurídicas, junto con la analogía va implicada una -diferencia radical en el modo en que tales expresiones se usan ahora: en realidad se produce un cambio de significado, porque las palabras están ahora -relacionadas con los hechos, no sólo por las reglas semánticas del idioma, -sino también por las reglas del Derecho.

En definitiva, lo que Hart pretende exponer es, utilizando una expresión acuñada por R.Rorty (2) un giro lingüístico y analítico en la reflexión sobre los problemas jurídicos, es decir, un análisis del lenguaje jurídico atendiendo más a criterios pragmáticos que semánticos, y, por supuesto, que sintácticos. En este sentido, Hart es fiel al movimiento filosófico de la "Escuela -de Oxford", al menos en el punto de partida de su análisis de los conceptos jurídicos. El propio Hart ha escrito: "...aunque el tema de las definiciones jurídicas tiene su historia, es sólo con el beneficioso giro de la atención filosófica hacia el lenguaje, que han surgido las características generales de todo ese estilo de pensamiento y discurso humano que se ocupa de reglas -y de su aplicación a la conducta. Yo por lo menos no puede percibir cuánto de esto era visible en la obra de nuestros predecesores hasta que mis contemporáneos me enseñaron cómo mirarla" (3).

---

(1) "Definición...", op.cit., pág. 129.

(2) Vid. R.M. Rorty, "Linguistic Turn: recent essays in philosophic method", Chicago, U.P., 1967

(3) "Definición...", op.cit., p.138 Vid., en este sentido, R.S. Summers, "Professor H.L.A. Hart's Concept of Law", Duke Law Journal, 1963, p.629-670, especialmente p.661 y ss., y G. Tarello, "Herbert Hart e il concetto di diritto", en "Diritto, Enunciati, Usi", op.cit. p.101-121. y A.W.B. Simpson "The Analysis of Legal Concepts", 80 Law Quarterly Review, p.535-558, especialmente p.553 y ss.

En 1957 el profesor Hart escribió un artículo que precisaba algunos aspectos metodológicos de su defensa de la teoría analítica del Derecho (1) como medio de comprensión del Derecho y como factor fundamental en la educación y aprendizaje jurídico. Pasaremos por alto el análisis pormenorizado de la discusión entre Bodenheimer y Hart aunque si hacemos alguna referencia a las tesis de fondo pues, el propósito fundamental de Hart consiste en teniendo como excusas la crítica de Bodenheimer- precisar y exponer las tareas que la teoría analítica del Derecho puede llevar a cabo (2).

En primer lugar, una distinción importante que tendría que tenerse en cuenta -y que no respeta Bodenheimer- es la diferencia entre Derecho y conceptos jurídicos, y, por otro lado, teorías acerca del Derecho y definiciones de conceptos jurídicos. Precisamente, una de las confuciones de Bodenheimer consistirá en atribuir a Hart sus tesis sobre las teorías y definiciones a tesis sobre los conceptos jurídicos (3).

En segundo lugar, creo que Bodenheimer comete un error al identificar teoría analítica del Derecho y "conceptualismo" o, en sus palabras, "mechanical jurisprudence" (4). Si la teoría del Derecho de Hart puede considerarse como una nueva versión de la teoría analítica del Derecho, -y, en definitiva es el modelo que Bodenheimer discute- es inconsistente, desde todos los pun-

---

(1) "Analytical Jurisprudence in Midtwentieth Century...", op.cit., Como he indicado anteriormente, se trataba de una respuesta -no una polémica - particularizada- general a la crítica del profesor Bodenheimer "Modern - Analytical Jurisprudence and the Limits..", op.cit., crítica que se centraba en la clase inaugural de Hart en la Universidad de Oxford el 30 de mayo de 1953 ("Definición y Teoría...op.cit."). La tesis general que pretendía defender era la siguiente: "I do indeed consider analytical Jurisprudence, if pursued with the appropriate methods, to be an important subject capable of making an important contribution to at least one aim which I think I must have in common with Professor Bodenheimer: namely, the increase of our understanding of the character of law as a means of social control", (op.cit., p.953). El subrayado es mío.

(2) Sin embargo, una comparación textual puede verse en Hart, op.cit. p.954, n.2.

(3) Vid. Hart, op.cit., p.954 y 955; Bodenheimer, op.cit., p. 1080.

(4) Bodenheimer, op.cit., pág. 1080.

tos de vista, la identificación de este modelo con el paradigma de la "Begriffjurisprudenz".

Hart critica los análisis jurídicos que tratan de reducir el concepto de Derecho y el concepto de regla jurídica a un solo tipo (1), subrayando - los numerosos y diferentes usos que las reglas tienen -y que se reflejan en el lenguaje jurídico- dentro de la estructura de un Ordenamiento Jurídico. - Así, dice Hart : "...jurists seemed often to have ignored the fact that rules are not only susceptible of being obeyed or disobeyed but of radically different operations. For example, when rights are claimed, a rule is invoked; - when a legal power is exercised a rule is acted on, when a particular case is found to fall within the scope of a general rule, a rule is applied" (2). En opinión de Hart, tanto Austin con su reducción del concepto de Derecho a la noción de mandato- como Kelsen- con su reducción de todas las variedades de reglas jurídicas a una simple forma- (3) deformaron unívocamente la descripción del funcionamiento de un Ordenamiento Jurídico en aras de su uniformidad.

En realidad, en opinión de Hart, una de las principales dificultades en el desarrollo de la teoría del Derecho ha sido, mucho más que el tipo de respuestas ofrecidas, el tipo de preguntas planteadas, casi todas formuladas en el modelo ¿Qué es X?, siendo X los distintos conceptos jurídicos (tales como "derecho", "regla", "deber", "obligación", "responsabilidad", "soberanía", - etc.). Este tipo de preguntas siempre ha exigido, en palabras de Hart, "the specification of some thing or quality with which the word is supposed to be directly aligned" (4). Pero, según, Hart, los conceptos jurídicos son diferentes: la relación conceptos-hechos es mucho más compleja e indirecta, y necesi

---

(1) Este será, sin duda, uno de los principales propósitos de su obra fundamental, "El Concepto de Derecho". Para ello, vid. ap. B.1.1. y B.1.2.

(2) Hart, "Analytical Jurisprudence...", op.cit. p.958.

(3) Sobre ello, independientemente del desarrollo analizado en los ap.B.1.1. y B.1.2., vid. "Analytical Jurisprudence...", p.958 y 959, n. 11 y 15, donde Hart plantea las dificultades de un análisis reductivo de estos conceptos. Del mismo modo, este tipo de análisis reductivo puede observarse en el análisis de la existencia de un Ordenamiento Jurídico: así, la noción de "hábito de obediencia" en Austin, y el postulado o hipótesis de la "norma fundamental" en Kelsen (vid. ap.B.1.1. y B.2.1.4.3.).

(4) "Analytical Jurisprudence...", op.cit., pág. 960.

ta una clarificación y nuevo planteamiento en función de su significado contextual; de este modo, dirá Hart: "The technique I suggested was to forego - the useless project of asking what the words taken alone stood for or meant and substitute for this a characterization of the function that such words performed when used in the operation of a legal system" (1). Es decir, en lugar de intentar definir palabras simples, Hart propone la elucidación del uso de las palabras en contextos jurídicos característicos; y, precisamente, la elucidación y análisis del lenguaje jurídico- al menos, el uso operativo o ejecutivo del lenguaje usado por personas debidamente cualificadas en circunstancias apropiadas- difiere profundamente del lenguaje descriptivo. En el uso operativo o ejecutivo del lenguaje jurídico las palabras son usadas para hacer algo, es decir, para cambiar la posición jurídica creando obligaciones confiriendo o transmitiendo derecho, o, en general, llevando a cabo determinados cambios jurídicos de muy diversas maneras (2). Para Hart, "to elucidate this use of language is not merely to point out a fact about words, though of course it is in part; it is also to characterize a type of activity which is very central to the life of the law" (3). Por tanto, lo que Hart pretende subrayar -como condición de un análisis plausible de los conceptos jurídicos- son los diferentes tipos de funciones que el uso del lenguaje jurídico lleva a cabo, rechazando la simplificación de un análisis reductivo que redujera - estos usos a una clasificación apriorística.

La última parte del artículo de Hart está dedicada a una justificación teórica y práctica de la teoría analítica del Derecho, justificación que podría ser resumida en los siguientes puntos (4): 1.- La justificación del aná

---

(1) "Analytical Jurisprudence...", op.cit., p.161.

(2) Fuera del Derecho, como Hart, señala (p.962), existen usos análogos del lenguaje no incluidos en las categorías convencionales- descriptivo, emotivo o imperativo-; por ejemplo, la expresión "Yo te bautizo..." en las ceremonias religiosas cristianas, o los enunciados característicos pronunciados en la formulación de una promesa.

(3) "Analytical Jurisprudence...", op.cit., p.962. En estos textos es evidente la influencia directa de Wittgenstein -el lenguaje como forma de vida -y J.L.Austin- teoría de los actos de habla-. Sobre el uso "operativo" -como Hart lo denomina- del lenguaje, vid. la bibliografía citada en el apartado que analiza la obra de J.L.Austin.

(4) "Analytical Jurisprudence...", op.cit., p.964-972.



lisis filosófico de los conceptos jurídicos radica en el hecho de que, aunque sabemos cómo usar estos conceptos, no podemos decir o describir cómo se usan de un modo inteligible tanto para otros como para uno mismo. En este sentido, las definiciones jurídicas de la dogmática se diferencian claramente del análisis filosófico de los conceptos; en palabras de Hart, "the textbook by its form of definition is concerned to teach the use of certain concepts to students who have no acquaintance with that use by contrast, a philosophical definition or explanatory elucidation is designed not to teach the use to those who are ignorant of it, but to explain features which are still puzzling to those who have mastered this use" (1).

2.- La teoría analítica del Derecho no tiene como finalidad simplemente el examen de los conceptos, sino el análisis de los fenómenos sociales que subyacen a estos conceptos. Dice Hart: "Suppose a man to be occupied in focusing through a telescope on a battleship lying in the harbor some distance away. A friend comes up to him and says, 'Are you concerned with the image in your glass or with the ship?' Plainly (if well advised) the other would answer 'Both. I am endeavoring to align the image in the glass with the battleship in order to see it better' It seems to me that similarly in pursuing analytical inquiries we seek to sharpen our awareness of what we talk about when we use our language" (2).

3.- A pesar de la vaguedad y ambigüedad del lenguaje jurídico, la teoría analítica del Derecho puede llevar a cabo una importante labor de clarificación lingüística y conceptual. En primer lugar la teoría analítica, habiendo establecido las características que constituyen un caso paradigmático, debe analizar los motivos de clasificación o exclusión de los casos límites. En segundo lugar, el hecho de que un mismo término sea usado en diferentes ocasiones de muy diversas maneras, hace preciso establecer una distinción entre la definición de un término general y la clases de casos (3). En tercer lugar,

- 
- (1) "Analytical Jurisprudence...", op.cit., p.965. Hart propone como ejemplo el concepto de "obligación", estableciendo por primera vez la diferencia analítica entre "ser obligado" y "tener una obligación", criticando los análisis predictivos y configurando un concepto basado en la aceptación social de reglas. Sobre ello, vid. ap. B.25.
- (2) "Analytical Jurisprudence...", op.cit., p.967.
- (3) "Analytical Jurisprudence...", op.cit., p.969. En el caso de la noción de Ordenamiento Jurídico, se podría dar una definición de "Ordenamiento Jurídico" en términos uniformes, a la vez que se reconociera que los critérios que determinan la validez del Derecho, pueden variar de un sistema a otro. Sobre el problema de la definición en el "Concepto de Derecho", vid. B.E.King, "The Basic Concept of Professor Hart's Jurisprudence", - Cambridge Law Journal, 1963, p.270-303.

a pesar de la posibilidad de usar los mismos términos en diferentes contextos, se puede lograr establecer algún principio racional que, aunque puede tomar a su vez distintas formas, de alguna manera subyace a tales distinciones (1). En definitiva, gran parte de la función de la teoría analítica del Derecho, - consistirá, en palabras de Hart. "...to bring out the motives for divergence from a standard and with it the whole difference in the structure of thought that leads to divergent classification" (2).

4.-Frente a la tesis del profesor Bodenheimer que identifica la tarea de la teoría analítica del Derecho y la dogmática del Derecho positivo, Hart opone la distinción anteriormente señalada entre "definitions teaching the use of legal expressions to a student ignorant of them and elucidation of the perplexities concerning the use of expressions which remain when that use is - Known" (3). La teoría analítica del Derecho trata de explicar la función y el significado de tales expresiones, explicaciones necesarias debido al carácter peculiar y no descriptivo de los conceptos jurídicos. Concluirá Hart diciendo: "...what jurisprudence should provide is a clearer conspectus or map of those features of legal concepts which differentiate them from ordinary, relatively well understood types of concepts, and exhibits clearly their distinctive mode of functioning...the result of such analytical inquiries- unlike the teaching of the substantive branches of the law- is to increase the understanding of legal concepts, not only by exhibiting their place in legal thinking but also by displaying clearly the precise way in which they differ from the simpler or more familiar concepts of ordinary 'descriptive' or fact-stating discourse" (4).

---

(1) Por ejemplo, en el anterior análisis del término "derecho subjetivo", - Hart centraba, en última instancia, su análisis en la noción de "elección individual", Vid. la discusión de Bodenheimer, op.cit. p.1062-1063 y la nota crítica de Hart (op.cit., nº 27, p.970).

(2) "Analytical Jurisprudence,...", op.cit.,pág. 970.

(3) "Analytical Jurisprudence....",op.cit., pág. 971

(4) "Analytical Jurisprudence...", op.cit., p.972.El subrayado es mío. De este modo, para cumplir tal propósito, el uso de ejemplos debe ser limitado, sin que se requiera un examen detallado de los mismos, como, por otro lado, sería necesario en el estudio de cada rama particular del Derecho.

## A.2.- Filosofía analítica de la acción.

### A.2.1. Introducción.

En el comienzo de la filosofía analítica existía un rechazo -a la vez que ignorancia- de la filosofía europea del siglo XIX. En este sentido Hegel representaba el paradigma más irresponsable, confuso e inconsecuente - de la filosofía tradicional. La inspiración de este fanatismo oscurantista de los primeros filósofos analíticos la encontraron en el desarrollo de - las ciencias y en los impresionantes logros de la lógica formal. Tan sólo Hume y el empirismo y positivismo decimonónicos fueron, de alguna forma, - salvados y distinguidos con un trato de favor. Los miembros del Círculo de Viena se formaron como científicos, no como filósofos, celebrando la extinción de la metafísica y la filosofía especulativa, relegándolas a la categoría de curiosidades históricas plagadas de sinsentidos, errores y supersticiones.

En Inglaterra la situación fue ligeramente diferente, donde los filósofos británicos, junto con los miembros del Círculo de Viena, fueron los pioneros e impulsores del movimiento analítico. La influencia del idealismo absoluto británico del siglo XIX fue de alguna manera heredada por Russell y Moore, aunque este lastre fue rechazado de forma fulminante. Un caso excepcional corresponde a Wittgenstein, quien ejerció un influjo extraordinario en dos generaciones sucesivas de filósofos británicos. Como hemos visto anteriormente, su "Tractatus" fue interpretado como el fundamento que sentaba las bases del atomismo y positivismo lógicos, modelos que fueron considerados como paradigmas de los primeros filósofos analíticos; por otro lado, sus posteriores lecciones desarrolladas en Cambridge entre 1930 y 1940, junto con sus póstumas "Investigaciones Filosóficas" constituyeron el punto de partida para el nuevo "análisis del lenguaje ordinario".

(1)

---

(1) Incluso, algunos autores han señalado las afinidades de Wittgenstein - con la filosofía decimonónica, especialmente la de Kierkegaard y Schopenhauer.

Como ha dicho Richard J. Bernstein, "la filosofía analítica ha atravesado una serie de etapas estrechamente paralelas al movimiento dialéctico de las posiciones epistemológicas bosquejadas por Hegel en su "Fenomenología" (1). Con respecto al concepto central de "acción" -tema importante de la actual filosofía analítica-, su tratamiento fue inexistente en los comienzos del "movimiento" analítico, produciéndose posteriormente una reacción contra este reduccionismo temprano -surgiendo en respuesta a la parcialidad y "falsedad" de esta orientación- para que, finalmente, se intentará una síntesis de estas posiciones antitéticas, síntesis que inicia ahora su proceso de emergencia. Este tipo de oscilaciones son ilustrados por la forma en que Kant ha reemplazado a Hume como paradigma de la filosofía analítica. Incluso, hoy día podemos observar el acercamiento a Hegel en el contexto de la filosofía británica.

El paradigma reduccionista concebía al mundo -o al lenguaje, significado o conocimiento- como un complejo de elementos básicos, últimos y simples. La tarea del análisis filosófico consistía en aislar y categorizar -los elementos básicos y mostrar cómo todo lo que parece ser complejo puede ser reducido -o traducido- a los elementos básicos. Así, cuando se trataba de describir y explicar la acción humana, no sólo se reducían las explicaciones psicológicas a explicaciones fisiológicas, sino que, de forma general, se reducía o traducía el lenguaje de la acción, intención, propósito, etc. a un lenguaje lógicamente más primitivo. Un ejemplo claro de este pa-

---

cont.- penhauer. Vid. Eddy Zemach, "Wittgenstein's Philosophy of the Mystical", The Review of Metaphysics, nº 18, Septiembre, 1964; y Stanley Cavell, "The Availability of Wittgenstein's Later Philosophy", The Philosophical Review, nº 71, 1962.

- (1) R.J. Bernstein, "Praxis and Action. Contemporary Philosophies of Human Activities", University of Pennsylvania Press, 1971 (cito por - la trad. cast. de Gabriel Bello, "Praxis y acción. Enfoques contemporáneos de la actividad humana", Alianza Ed., Madrid, 1979. p. 239

radigma reduccionista lo podría constituir Carnap (1), que tenía como intención el establecimiento de un sistema constructivo epistémico-lógico de objetos o de conceptos, consistente en elementos básicos y relaciones a partir de los cuales se podían construir otros conceptos más complejos. La reducción encarna el auténtico ideal de claridad científica, rigor, precisión y explicación. Precisamente, el auge del interés filosófico por el concepto de acción irá unido a la problematización metafilosófica de naturaleza, significación y legitimidad de la exigencia de reducción.

Los filósofos analíticos, a partir de la Segunda Guerra Mundial, han intentado explorar y exponer alternativas al análisis reductivo, intentando construir un nuevo punto de partida que constituyera un nuevo talante filosófico. Los filósofos comienzan a problematizar lo que en las primeras etapas de la filosofía analítica parecía ser un supuesto absoluto —que el análisis reductivo era el método apropiado de adquirir claridad—. Sin duda alguna, el precedente más directo de esta revolución fue el Wittgenstein de las "Investigaciones Filosóficas", quien ejerció enorme influencia

- 
- (1) Rudolf Carnap (1891-1970), vid. por ejemplo "Der logische Aufbau der Welt", Berlín, 1922. En castellano puede verse "Filosofía y sintaxis lógica", en la selección cit. de J. Mugearza "La concepción analítica de la filosofía", tomo I, p. 294-337 (ed. or. "Philosophy and Logical Syntax", Routledge and Kegan Paul, Londres, 1935). En R.J. Bernstein, op.cit., p. 245, se establece una interesante analogía entre la obra de Carnap y los presupuestos arquitectónicos de la "Bauhaus": es el mismo énfasis en la claridad de líneas y la reducción a formas y elementos básicos; la obra de Carnap está denominada por metáforas arquitectónicas. A pesar de que Carnap se autoproclame empirista, nunca se exagerará lo racionalista que es este programa. La obra de Carnap es representativa: constituye un "tipo ideal" del espíritu reduccionista que influyó decisivamente en la obra de los filósofos analíticos durante los años 20 y 30. Una perspectiva de la dificultad del análisis reductivo puede verse en J.O. Urmson, "El análisis filosófico", op.cit., p. 172-193. Un excelente ejemplo del "espíritu reduccionista" en el ámbito de la psicología —conductismo, behaviorismo— se puede encontrar en Clark L. Hull, "Principles of Behavior", Nueva York, Appleton-Century-Crofts, 1943.

en la generación de los filósofos de la posguerra. En líneas generales, - se podría decir que mientras en el análisis reductivo asignaba un valor - paradigmático al lenguaje de la ciencia natural -interpretando la conducta humana en términos de relaciones de causa a efecto-, los "nuevos teleólogos" (1) asignaban un valor paradigmático al lenguaje ordinario en el que cotidianamente se atribuye a nuestros actos propósitos y finalidades. Mientras que para unos la conducta humana puede ser explicada mediante - causas, para otros, explicar una secuencia de conducta es dar una razón - de ella, mencionar su fin o propósito o prestar atención a las reglas que la dirigen (2). La distinción lingüística entre "causas" y "razones" podría ser reforzada por medio de argumentos tales como el de que las relaciones causales son transitivas, lo que no siempre ocurre con las razones que tenemos para obrar de tal o cual manera (3). Georg Henrik von Wright ha puesto de relieve que la interpretación causalista de la conducta ha sido la predominante en la tradición analítica desde sus comienzos, y sólo con el influjo liberador de la segunda etapa del pensamiento de Wittgenstein, comenzó a surgir dentro de ella una interpretación teleologista de la conducta humana en términos de acción (4). El primer tipo de inter-

- 
- (1) La expresión "los nuevos teleólogos" usada para designar a los filósofos post-wittgensteinianos (vid. R.J. Bernstein, op. cit., p. 242-243) hace referencia a un grupo no muy cohesionado de filósofos con una orientación especial, que ha surgido dentro de la filosofía analítica durante los últimos veinte años, preocupados por el sistema conceptual y por el lenguaje de la acción. Vid., por ejemplo, S. Hampshire y H.L.A. Hart, "Decision, Intention and Certainty", Mind. Vol. LXVII, nº 265, Enero, 1958, p. 1-12, y las notas críticas de K. Stern "Mr. - Hampshire and Professor Hart on Intention: a note", Mind. 1959, p. 98 y 99 y M.A. Boden "In Reply to Hart and Hampshire", Mind. 1959, p. 256-260.
- (2) Sobre esta diferencia en la historia del pensamiento filosófico analítico, vid. John Passmore, "100 años de filosofía", op. cit.
- (3) J. Muguerza, "Esplendor y miseria....", op. cit., p. 44.
- (4) G.H. von Wright, "Explanation and Understanding", Ithaca, Nueva York, 1971, p. 8 y ss. (hay trad. cast. de Luis Vega, "Explicación y Comprensión", Alianza Ed., Madrid, 1981).

pretación estaría ejemplificado por la teoría de la explicación científica de Hempel (1), para quién toda auténtica explicación posee un carácter nomológico, tal y como sucede en el dominio de la física, donde cualquier acontecimiento resulta subsumible bajo leyes generales, sean universales o estadísticas. Según Von Wright, la controversia entre causalismo y teleologismo excede ampliamente de los límites de la tradición filosófica analítica, ya que sus orígenes se remontan a dos clásicas concepciones del método científico -la "aristotélica" y la "galileana"-, y en su discusión actual entran en juego especialistas en las ciencias biológicas y las ciencias sociales (2).

Al final de los años cuarenta comenzaron a perfilarse las líneas fundamentales de la psicología filosófica no empírica. Desde entonces hasta ahora ha habido una gran profusión de contribuciones en este campo, muchas de las cuales se centraron en un análisis nuevo del concepto de acción (3). Podemos destacar, en este sentido, el interesante trabajo de R.S. Peters, "The Concept of Motivation" (4), quien subraya la relevancia del modelo intencional de "seguir la regla" (5) como modelo explicativo de nuestras ac-

- 
- (1) Carl G. Hempel "Philosophy of Natural Science", Prentice-Hall Foundations of Philosophy Series, 1966 (versión cast. de Alfredo Deaño, "Filosofía de la Ciencia Natural", Alianza Ed., Madrid, 1973).
  - (2) En el apartado A.3. intento situar la obra de Hart en el ámbito de la metodología de las Ciencias Sociales, donde retomaremos parte de los temas que quiero sugerir aquí. En esta introducción tan sólo quiero subrayar el "contexto" intelectual de la filosofía analítica como prólogo del análisis filosófico de Hart, quien, situándose en el plano de los primeros filósofos del lenguaje ordinario, combatió y criticó con lucidez el paradigma causalista-reduccionista.
  - (3) Vid. la serie de monografías editadas por R.F. Holland tituladas "Studies in Philosophical Psychology", publicadas por Routledge and Kegan Paul; incluye autores como P.T. Geach, D.W. Hamlyn, Alasdair Mac Intyre, R.S. Peters, Winch, Norman Malcolm, A.I. Meldon, David Armstrong, Peter Alexander, Anthony Kenny y Jonathan Bennett.
  - (4) 2ª ed., Londres, Routledge and Kegan Paul, 1960.
  - (5) R.S. Peters, op. cit., p. 5 y ss.

ciones, al menos aquellas que -como las acciones normativas- presuponen la existencia de una institución compleja a práctica social. Para Peters, el modelo intencional de "seguir la regla" es la base de la comprensión de la acción humana, y muestra que las acciones humanas no se dejan explicar suficientemente en términos de conceptos causales. Para Peters hay una diferencia radical entre dos tipos de explicación: las explicaciones racionales y las explicaciones causales. Las primeras son las indicadas para explicar acciones, siendo de tipo diferente y lógicamente incompatibles con las explicaciones causales, ya que la explicación causal de un suceso implica en último término demostrar que, un cambio ocurrido en una variable es condición suficiente para que ocurra un cambio en otra.

En realidad, los problemas teóricos han sido -y son- más complejos de lo que intentado expresar aquí. Sin embargo, creo que la descripción de este "contexto intelectual" puede servirnos de introducción al estudio del análisis de Hart de los conceptos de acción y causa, que, por un lado, son claves en la filosofía jurídico-penal (1), y, por otro, son una pequeña muestra del agudo ejercicio analítico del profesor de Oxford. Con todo, algunos de los temas que han sido presentados aquí casi de modo telegráfico, serán retomados de un modo más exhaustivo para situar la obra de Hart, desde el punto de vista de las ciencias sociales y su metodología, como una ruptura del monismo metodológico anglosajón.

---

(1) Vid. H.L.A. Hart, "Punishment and Responsibility", op. cit. Sobre este tema, no siendo objeto de la tesis, señalo sin embargo los siguientes artículos: "The Philosophy of Punishment" -colección de artículos- ed. H.B. Acton, The Macmillan Press Ltd., Londres, 1969 (con bibliografía final); Richard A. Wasserstrom, "H.L.A. Hart and the Doctrines of Mens Rea and Criminal Responsibility", The University of Chicago Law Review Vol. 35, 1967, p. 92-126; M.A. Cattaneo, "La Retribuzione penale nell'interpretazione e nella critica di Herbert L.A. Hart", Materiali per una storia della cultura giuridica, Vol. IV, p. 641-699, Il Mulino, Milano, 1974; D. Gerber, "Strict Criminal Liability and Justice", ARSP. - Vol. 1974, LXIV, p. 513-543; A.J.P. Kenny "Intention and Mens Rea in Murder", "Law, Morality and Society", op. cit. p. 161-174. J.L. Mackie "The Grounds of Responsibility", "Law, Morality..." op. cit. p. 175-188.



A.2.2. Filosofía analítica de la acción como filosofía del lenguaje: Hart y el lenguaje de la acción.

Como hemos visto anteriormente, hay enunciados en el lenguaje ordinario cuya función primaria no consiste en una tarea descriptiva, sino en un tipo de función que implica actos verbales de reclamación, reconocimiento, adscripción y transferencia de derechos, así como admisión y adscripción de responsabilidades. Una acentuación del carácter descriptivo de este tipo de falacia que Austin denominó "falacia descriptiva". Reconociendo esta distinción metodológica, Hart, en unos de sus primeros artículos, "The Adscription of Responsibility and Rights" (1) -cuyas tesis fueron explícitamente rechazadas por el propio Hart como se señala en el prólogo de su colección de ensayos "Punishment and Responsibility" e implícitamente en su ensayo "Definición y Teoría..."- se propone intentar demostrar la siguiente tesis: "My main purpose in this article is to suggest - that the philosophical analysis of the concept of a human action has been inadequate and confusing, at least in part because sentences of the form 'He did it' have been traditionally regarded as primarily descriptive whereas their principal function is what I venture to call ascriptive, being quite literally to ascribe responsibility for actions much as the principal function of sentences of the form 'This is this' is to ascribe rights in property"

Precisamente, el lenguaje de los abogados -y en general, el uso del lenguaje jurídico y no la mención del metalenguaje de los juristas- contiene gran parte de las características formales de la función "adscriptiva" del lenguaje, ya que se diferencia claramente de la función descriptiva al observar ciertas características de los conceptos jurídicos, "as these appear in the practice and procedure of the law rather than in the

---

(1) "Proceedings of the Aristotelian Society", nº 49 (1948-49), p. 171-194. (En la bibliografía final se señalan las traducciones y reimpresiones). Vid. p. 171.

theoretical discussions of legal concepts by jurists who are apt to be influenced by philosophical theories" (1). Teniendo como base este presupuesto, Hart estudia tres temas fundamentales que podrían ser enunciados del siguiente modo:

- a) Características de los conceptos jurídicos.
- b) Función distintiva de los enunciados que adscriben derechos.
- c) Fundamentación de los enunciados adscriptivos y crítica de la filosofía analítica de la acción.

a) La primera característica que Hart pone de relieve consiste en la dificultad de intentar definir los conceptos jurídicos mediante la traducción de un enunciado jurídico a otros términos más simples o a un conjunto específico de condiciones necesarias y suficientes. La vaguedad de los conceptos jurídicos, al ser usados por los operadores jurídicos, hace que sea imposible una definición de los mismos que suministre una serie limitada de rasgos distintivos. Así, refiriéndose al juez, dirá Hart: "...he has to decide by reference to past cases or precedents whether on the facts before him a contract has been made or a trespass committed, and in doing this he has a wide freedom in judging whether the present case is sufficiently near to a past precedent and also in determining what the past precedent in fact amounts to, or, as lawyers say, in identifying the "ratio decidendi" of past cases" (2). Por lo tanto, en lugar de intentar

---

(1) "The Ascription....", op. cit., p. 172.

(2) "The Ascription....", op. cit., p. 173. Del mismo modo, vid. R. Stone "Ratiocination not Rationalisation", Mind, LXXIV, Octubre, 1965 -para quien la argumentación jurídica procede, caso por caso, de lo particular a lo particular, de modo analógico ("paraduction")-; J. Wisdom, -"Gods", Philosophy and Psychoanalysis, Oxford, 1953, p. 157 y ss. -el razonamiento jurídico es denominado "case by case procedure": la decisión judicial es el resultado de escoger entre los diferentes grupos de características que se pueden invocar como razones en pro de cada una de las soluciones posibles; no es reductible ni a la deducción ni a la inducción; la solución consiste en bautizar el hecho con un nom-

ofrecer una definición completa y racional de los conceptos jurídicos, para Hart, las referencias de los tribunales al "precedente" y a la posibilidad de un uso abierto de las condiciones de los propios conceptos, hace - que este carácter ambiguo y creativo sea indispensable a la hora de identificar y usar ciertos conceptos durante el desarrollo de un proceso judicial, con la consiguiente dificultad de elaborar una sistematización cerrada de tales conceptos.

La segunda característica que Hart pone de relieve consiste en la imposibilidad de explicar los conceptos jurídicos sin la ayuda de una lista de excepciones o ejemplos negativos en los cuales el concepto no puede ser aplicado o lo es de una forma parcial o más moderada. De este modo, las - tensiones que se plantean ante los tribunales podrán ser rechazadas, o - bien mediante una negación de los hechos en que se basan, o bien mediante otra serie de circunstancias que hagan situar la pretensión bajo alguna - forma particular de excepción (1). Así, por ejemplo, el "contrato" es un - concepto jurídico que no puede ser definido por un conjunto de condiciones necesarias y suficientes: aunque se den todas las condiciones de validez - de un contrato, ("dos partes", "oferta", "aceptación", etc.) una pretensión contractual, basada en su propia validez, puede ser rechazada cuando se den una serie de condiciones negativas (propósitos inmorales, falsificación fraudulenta, etc.) (2). Para identificar esta característica de los -

---

cont.- bre, en adscribir el hecho a una categoría-; F. Waismann, "How I - see Philosophy", Contemporary British Philosophy, H.A. Lewis ed., G. - Allen and Unwin, Londres, 1956 (hay trad. cast. en "La concepción analítica de la filosofía", op. cit., p. 491 y ss.)- para quien la argumentación filosófica es similar a la jurídica, ya que ambas se alejan de los procesos deductivos y se acercan a las construcciones de casos mediante conjuntos de ejemplos-. La formación de los conceptos jurídicos se debe más a una similitud de rasgos horizontales ("parecido de - familia") que a una deducción/inducción vertical de entidades ideales.

(1) "The Ascription....", op. cit., p. 174.

(2) Una lista, que no pretende ser exhaustiva, en "The Ascription....." p. 175-76.

conceptos jurídicos, Hart utiliza la palabra "defeasible", término jurídico que se refiere y es usado en el Derecho de propiedad inglés, "which is subject to termination or "defeat" in a number of different contingencies but remains intact if no such contingencies mature. In this sense - then, contract is a defeasible concept" (1). El término "defeasible" podría ser definido como la capacidad de ser anulado o revocado. El Derecho inglés lo define como "capable of being annulled or abrogated. An estate of interest in property is said to be defeasible when it is subject to be defeated by the operation of a condition subsequent or conditional limitation" (2). En este sentido, el primer autor español que ha destacado esta característica de los conceptos jurídicos en relación con la obra de Hart ha sido el profesor José Hierro S. Pescador, quien en su artículo "La argumentación filosófica y la argumentación jurídica" (3) traducía el término "defeasible" por "excluíble", concepto más amplio que los términos "anulable" o "revocable". Para el profesor Hierro la calificación jurídica de un hecho depende numerosas veces de la presencia de ciertas condiciones que modifican o excluyen la calificación que procedería en principio. En el caso de los contratos, las condiciones de su existencia se dan cuando no están presentes -condiciones negativas- aquellas circunstancias que se pueden invocar en contra ("defenses"). Una formulación genérica de las condiciones positivas para la existencia de un contrato (por ejemplo, "pleno conocimiento y libertad"), no puede expresar un estado psicológico, sino un modo de expresar de forma abreviada la presencia de alguna circunstancia (error, fraude, violencia, engaño) o la ausencia de ellas. Dice —

---

(1) "The Ascription....", op. cit., p. 175.

(2) Así viene definido en "The Dictionary of English Law", ed. Earl Jowitt Vol. I (A-H), Londres, 1959, voz "defeasible".

(3) Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid, 1966, p. 189-198. Este artículo contiene un excelente resumen de los puntos de vista mantenidos por Hart, relacionándolos con la obra de filósofos tales como R. Stone, G. Williams, J. Wisdom, Wittgenstein, Austin y Warsmann.

Hierro: "... lo usual es que haya que probar que se dio alguna de las circunstancias que impiden la aplicación a los hechos del término "pleno conocimiento y libertad"; pero no hay manera de probar positivamente que existía un cierto estado psicológico que responde a ese nombre. Lo más que se puede hacer es mostrar que no estaba presente ninguna de las circunstancias excluyentes" (1). Para el profesor George Pitcher (2), el carácter "excluyente" que se aplica a los contratos implica que "even though those conditions which are normally necessary and sufficient for the existence of a valid contract are satisfied, nevertheless there are certain defenses which can be made which defeat the claim that there is any such contract". Posteriormente, Hart extenderá su significado del término "excluyente" a todas las demandas jurídicas que se consideren provisionalmente establecidas en cierta etapa del proceso, pero que aún pueden ser rechazadas, anuladas o revocadas en una etapa del mismo.

El profesor J. Feinberg (3) ha establecido una relación entre el concepto de "revocabilidad" y la noción jurídica anglosajona de caso "prima facie": "se dice de una parte litigante que tiene un caso 'prima facie' cuando las pruebas en su favor son suficientemente fuertes para que se convoque a su opositor a que comparezca. Entonces un caso 'prima facie' es aquel establecido sobre pruebas suficientes y que pueden rebatirse sólo si

---

(1) "La argumentación filosófica....", op. cit., p. 196.

(2) "Hart on Action and Responsibility", The Philosophical Review, nº 69, 1960, p. 226-235; vid. p. 231-32.

(3) "Action and Responsibility", en "Philosophy in America", comp. M. Black (Allen y Unwin, 1965), p. 135-160; reproducido en la obra "The Philosophy of Action", Oxford University Press, 1968. Esta obra ha sido traducida al castellano por Sonia Block Sevilla, con el título "La Filosofía de la Acción", ed. Alan R. White, F.C.E., Mexico, 1976. El artículo de Feinberg se encuentra en las págs. 139-174. La obra contiene artículos de J.L. Austin, Arthur C. Danto, H.A. Prichard, A.I. Melden, Donald Davidson, P.J. Fitzgerald, G.E.M. Anscombe, J.O. Urmson, con una introducción de A.R. White y una bibliografía final. En adelante citaré por la edición en castellano.

se refuta con pruebas aducidas por la otra parte (1). Para Feinberg, pues la noción de revocabilidad está inseparablemente unida a este tipo de procesos y a todas las reglas complejas que conlleva (suficiencia de las demandas, presunción, conclusión y carga de las pruebas, etc.). Así, dadas ciertas reglas sobre el procedimiento en los tribunales, la constitución de "defensas" capaces de revocar las demandas jurídicas y los cargos, viene dada por la existencia de diversos tipos de excusas y justificaciones, incluso cuando han sido satisfechas todas las otras condiciones necesarias y normalmente suficientes para el éxito de un caso 'prima facie'. Para Feinberg, el fundamento de la distinción entre los enunciados revocables e irrevocables, consiste en que los primeros expresan una reprobación que va más allá de la simple anulación; Feinberg, al desarrollar el concepto de revocabilidad, clasifica tres tipos de faltas imputables: en primer lugar, casos de capacidad deficiente, en los que no se necesita usar el lenguaje de las adscripciones de faltas revocables; en segundo lugar, casos de actuaciones inadecuadas, en los que sí se usa el lenguaje adscriptivo: no sólo se atribuye una acción que de alguna manera es deficiente, sino que también se considera que el sujeto merece ser reprobado por ella; por último, los casos dolosos en los que se usa el lenguaje de la adscripción de responsabilidad constituyen el grado "más adecuado" de las acciones "revocables" (2). Esta triple clasificación pretende matizar el uso del lenguaje "adscriptivo", circunscribiendo su utilización solamente en el caso de actuaciones reprobables o deficientes, excluyendo las simples acciones "normales" de su campo semántico.

Independientemente del tipo de problemas que expresa Feinberg -y de otros que se irán viendo a continuación-, el hecho de no tener en cuenta

---

(1) "Acción y Responsabilidad", op. cit., p. 141.

(2) "Acción y Responsabilidad", op. cit., p. 150-151. En realidad, las acciones "normales" no llegan ni siquiera a la primera etapa, con lo que un uso abusivo del lenguaje adscriptivo carece de verosimilitud.

el carácter "excluíble" de los conceptos jurídicos nos lleva a confusiones y malas interpretaciones; del mismo modo, pretender el establecimiento de una fórmula general para la definición de tales conceptos en términos de condiciones necesarias y suficientes, sólo puede llevarnos a nuevas confusiones, como sería el intento de demostrar mediante "tests objetivos" la existencia de elementos psicológicos -tales como consentimiento pleno y libre- en el, por ejemplo, concepto de contrato. Ahora bien, según subraya -- Hart, donde mayores confusiones ha habido, ha sido en la labor de los ju-ristas al teorizar sobre el Derecho Penal, intentando definir en términos generales las "condiciones mentales" de la responsabilidad criminal ("mens rea"), fundada en la conocida fórmula "actus non est reus nisi mens sit -rea". Así pues, la formulación de las condiciones necesarias y suficientes de la responsabilidad criminal vendría dada por la simple existencia de algún elemento ("intencionalidad"), o, como señala Hart, según algunas teo-rías modernas, en la existencia de previsión y voluntariedad. Es decir, - las excepciones de la responsabilidad criminal vendrían dadas por la ausencía de tales elementos. Ahora bien, la ausencia de tales elementos no puede ser determinada simplemente negando la existencia de ciertos estados -mentales; así, dirá Hart: "... in order to determine what 'foresight' and 'voluntariness' are and how their presence and absence are established it is necessary to refer back to the various defences and then these general words assume merely the status of convenient but sometimes misleading summaries expressing the absence of all the various conditions referring to - the agents Knowledge or will which eliminate or reduce responsibility" (1)

---

(1) "The Ascription...", op. cit., p. 181. Indudablemente, donde se analizan de una forma más exhaustiva los conceptos que van unidos al campo semántico de la responsabilidad criminal es en "Punishment and Responsibility", op. cit. Del mismo modo, al referirse al concepto de "mens rea", el profesor Hierro dice: "... no es, pese a su apariencia, un - concepto positivo, que se pueda definir, por ejemplo, por la intencionalidad o por la voluntariedad junto con la previsión. Antes bien, estamos también aquí en presencia de un concepto negativo que solamente puede definirse por la exclusión de aquellas circunstancias que exclu-

De las anteriores observaciones sobre la irreductibilidad de los con -  
ceptos jurídicos, Hart obtiene las siguientes conclusiones:

1) en primer lugar, el hecho de que algunas teorías del signifi-  
cado identifiquen el significado de las conceptos jurídicos con el enuncia-  
do fáctico de las condiciones necesarias y suficientes de su existencia, no  
implica en su totalidad las condiciones suficientes de tales conceptos.

2) estas teorías del significado no demuestran el carácter "com-  
plejo" de estos conceptos.

3) en tercer lugar, estas teorías no tienen en cuenta las carao-  
terísticas distintivas de los conceptos jurídicos como categorías lógicas -  
diferenciables. Precisamente, Hart señalará dos de estas características: -  
en primer lugar, al referirse a la acción de los jueces, Hart señala que su  
función no consiste en ofrecer una interpretación jurídica correcta e ideal  
de los hechos, sino una interpretación en función de las pretensiones y ale-  
gaciones que se le presentan por las partes (1); en segundo lugar, la ac-  
ción de los jueces no puede ser evaluada mediante los componentes seménti-  
cos de verdad o falsedad, de necesidad o incoherencia lógica, sino de co-  
rrección e incorrección, justicia o iniquidad, afirmación o revocabilidad.  
(2).

---

cont.- yen la responsabilidad: error de hecho, demencia, autodefensa, acci-  
dente..." (op. cit., p. 196). Sobre este tema, vid. J. Hall, "Analytic  
Philosophy and Jurisprudence", *Ethics and International Journal of So-*  
*cial, Political and legal Philosophy*", Vol. 77, nº 1, Octubre, 1966, -  
Universidad de Chicago. (hay trad. cast. de G. Motta, "Filosofía Analí-  
tica y Teoría del Derecho", Instituto de Investigaciones Jurídicas, Bo-  
letín Mexicano de Derecho Comparado, nº 21, Sep-Dic. 1974, p. 83-103).

- (1) "The Ascription...", op. cit., p. 182. Evidentemente, el razonamiento -  
sería distinto si se tratasen de acciones criminales, lo que Hart quie-  
re decir aquí es que los conceptos jurídicos no deben su existencia a -  
un conjunto de condiciones necesarias y suficientes, sino que pueden -  
ser elucidados de un modo más lúcido mediante un lenguaje "adscriptivo"
- (2) Creo que está claro que este tipo de lenguaje es el usado por los opera-  
dores jurídicos, pero no puede hacer referencia al lenguaje de los ju -



Lo que Hart rechaza, pues, es una interpretación del lenguaje jurídico como lenguaje descriptivo, al menos el lenguaje usado por los abogados, jueces y funcionarios del sistema. El hecho de considerar las excepciones y causas de nulidad como simple evidencia de la ausencia de algunas condiciones necesarias exigidas por el Derecho, y el hecho de asimilar las decisiones judiciales al modelo teórico de los enunciados descriptivos son dos interpretaciones que deben ser rechazadas si se quiere comprender de una forma más clarificadora la terminología jurídica. (1)

b) En el uso ordenado del lenguaje, señala Hart (2), podemos encontrar características similares a las anteriormente señaladas, propias del lenguaje jurídico. Sin embargo, algunos casos deberían ser diferenciados:

- 1) el uso de términos jurídicos en proposiciones descriptivas que pueden ser verdaderas o falsas (3)
- 2) la referencia a cosas, sucesos y acciones, no por sus consecuencias jurídicas conocidas, sino por sus consecuencias jurídicas deseadas.
- 3) el uso de términos jurídicos para fundamentar o rechazar pretensiones fuera del contexto del lenguaje de los tribunales.

A pesar de la existencia de tales casos -casos cuyas proposiciones - se asemejan a las proposiciones descriptivas- el uso o función caracterís-

---

cont.- ristas. Además, los jueces, abogados y funcionarios no están limitados al lenguaje "descriptivo".

- (1) De este modo, el profesor Hierro, "La argumentación...", op. cit, p. 195, en relación con la obra de Hart, dice: "De la sentencia hay que decir que es buena o mala, que ha sido confirmada o revocada (pero no que ha sido comprobada o desmentida, verificada o falseada)".
- (2) "The Ascription...", op. cit., p. 183.
- (3) Por ejemplo, según señala Hart (op. cit., p. 184), a la pregunta: ¿Qué hay en la papelera? se puede contestar: "Mi contrato con J.S."

tica de los conceptos jurídicos consiste en la posibilidad de llevar a cabo ciertas transacciones: decir que "esto es mío" no significa describir algo, sino que con este enunciado, en palabras de Hart, "we claim proprietary rights, confer or transfer such rights when they are claimed, recognise such rights or ascribe such rights whether claimed or not, and when these words are so used they are related to the facts that support them much in the same way as the judge's decision" (1). Siguiendo a Hart, podríamos establecer la siguiente escala:

a) en primer lugar, el uso "ejecutivo" ("performatory") del lenguaje (2): decir "esto es tuyo" implica una adscripción o reconocimiento de derechos. Dice Hart: "... the individual decides on certain facts that somebody else has certain rights and his recognition is like a judgement, a blend of fact and rule if not of law" (3).

b) en segundo lugar, el enunciado "esto es mío" pueda implicar también una función descriptiva de identificación, es decir, un enunciado informativo.

c) en tercer lugar, Hart propone el siguiente ejemplo: observo a un hombre que al sacar su pañuelo se le cae un reloj sin darse cuenta, yo lo recojo y se lo doy diciendo: esto es suyo, ¿Se trata de un enunciado puramente descriptivo?. Si después de haberle entregado el reloj, la policía le detiene porque previamente lo había robado, ¿tiene sentido mi anterior enunciado?. Parece ser que debería modificarlo al conocer las nuevas circunstancias. De este modo, los conceptos que nos conciernen aquí son "excluíbles" de forma similar a los conceptos jurídicos: su carácter "excluíble" o "revocable" nunca debe ser ignorado -cosa que a menudo sucede-

---

(1) "The Ascription...", op. cit., p. 185.

(2) Como se ve claramente, la influencia de J.L. Austin es evidente en este punto. Vid. ap. A.1.1.2.2.

(3) "The Ascription...", op. cit., p. 186.

al tratar de identificar el significado de una expresión adscriptiva con las circunstancias fácticas, que en ausencia de otras pretensiones, son buenas razones para su formulación.

3) Hemos visto cómo los conceptos jurídicos son "adscriptivos" y "excluíbles", connotando a su vez, en algunas ocasiones, un significado descriptivo. Ahora bien, siguiendo a Hart, podríamos formularnos la siguiente pregunta: ¿Podrían ser aplicadas estas características al concepto de acción humana? (1).

Como hemos visto en la introducción, el concepto de "acción humana" ha sido una de los temas claves de la crítica antireduccionista de la filosofía analítica, movimiento en el que Hart se integra. Uno de los problemas de fondo de la filosofía analítica de la acción, como base de su crítica antireduccionista, ha sido la distinción conceptual entre el simple movimiento físico y la acción humana (2). ¿Qué es lo que caracteriza y obje-

---

(1) Hart defenderá dos tesis fundamentales: 1) Cuando alguien dice: "El lo hizo" - por ej., "A golpeó a B" -, no se están describiendo movimientos físicos, sino que, primariamente, se está adscribiendo responsabilidad a A; 2) El concepto de acción humana es un concepto "excluíble". Tales tesis han sido el punto de partida de la importante crítica de G. Pitcher en su obra cit., "Hart on Action and Responsibility": Pitcher diferencia dos cosas: a) Decir que "A rompió un vaso" significa que A es responsable del vaso roto (responsabilidad por el resultado); b) Decir que "A rompió un vaso" significa que A es responsable de la acción de romper el vaso (responsabilidad por la acción). Pero existe otra vía: los enunciados, por ejemplo, "A le golpeó" y "A le golpeó accidentalmente" implican una reducción de responsabilidad; el significado que da Hart a estos enunciados adscriptivos consiste en el merecimiento por parte del sujeto del castigo o la censura (se merece censura si la acción es mala; se merece alabanza si la acción es buena). Para Pitcher, la tesis de Hart de los enunciados adscriptivos está formulada incorrectamente: en realidad no implica la adscripción de responsabilidad sino el merecimiento de censura o castigo, no siendo aplicable este criterio a la totalidad de los enunciados de acción. (op. cit. p. 229-231).

(2) J. Passmore, "Cien años de Filosofía", op. cit., p. 524: "... hay una distinción entre los movimientos del cuerpo, como, por ejemplo, el re-

tiva a la acción humana como tal, diferenciándola del simple movimiento físico?. Las respuestas han sido numerosas. En un primer momento, la filosofía analítica de la acción parecía estar de acuerdo en caracterizar a este elemento diferenciador en la "intencionalidad", "voluntad" o "deseo" del acto en cuestión. Posteriormente, el decir que A ha ejecutado cierta acción, podría significar dos tipos de proposiciones: una categórica, acerca del movimiento del cuerpo; otra hipotética, acerca de la elección de A entre varias respuestas a determinados estímulos, o de su posible acción distintiva si la hubiera preferido. Para Hart, ambos tipos de respuestas genéricas adolecen de un error común: el hecho de suponer que un análisis adecuado del concepto de acción humana puede venir dado como una combinación de enunciados descriptivos, categóricos o hipotéticos, o enunciados que conciernen en su totalidad a un único individuo, al igual contradicciones puestas de relieve por la filosofía analítica contemporánea, que sería preciso resumir del siguiente modo: (1)

a) no se hace una distinción entre un acto y un acto voluntario

Para la tradición filosófica inglesa los actos no voluntarios implican una contradicción. Sin embargo, "la suposición

---

cont.- flejo de la rodilla, y las actividades de la persona, o 'comportamiento'. El comportamiento no se puede definir nunca en términos de movimientos corporales, ya que el mismo conjunto de movimientos puede estar presente en muy distintos tipos de conducta... El psicólogo puede explicar los movimientos de un cuerpo en términos de causas, pero no puede explicar el comportamiento humano. El comportamiento no tiene causas... Según esta teoría, explicar una muestra de comportamiento es dar una razón de ella, mencionar su intención o propósito, o señalar las reglas que la rigen." (la cita hace referencia a los nuevos "teleólogos" -en concreto de D.W. Hamlyn- para quienes, dado que el comportamiento es esencialmente normativo, es lógicamente imposible explicar cómo se comportan los hombres si nos movemos dentro de los confines del lenguaje puramente descriptivo válido para la ciencia física).

(1) Sigo a Alan R. White en su introducción a la "Filosofía de la Acción", op. cit., p. 1-31.

de que todos los actos son voluntarios confunde la objeción según la cual algo no es un acto voluntario porque no es un acto en absoluto, con la objeción de que algo no es un acto voluntario porque es un acto no voluntario" (1). Además, "la premisa de que todo acto voluntario es consecutivo a una volición, o bien a un acto de la voluntad, también es errónea"; para White, este error se basa en un análisis falso de la noción de "voluntario".

b) La opinión de que un acto o una acción son procedidos o causados por la voluntad presenta numerosos inconvenientes. Subrayamos dos: - en primer lugar, la dificultad de caracterizar la supuesta colición (se trata de un acto o un medio con el que se hacen ciertos movimientos? ¿se identifica con una resolución, una decisión o una intención?); en segundo lugar, la dificultad de determinar la relación entre la volición y el movimiento corporal que le sigue, que parece ser lógica y causal (2).

c) Toda tentativa de caracterización de la acción en términos de antecedentes necesarios y no contingentes, está condenada al fracaso: - es lógicamente posible que un acto sea ejecutado sin que se dé tal antecedente; la experiencia muestra que las acciones carecen a menudo de tal antecedente; se interpretan falsamente la decisión y la intención, como procesos prioritarios que causan nuestros movimientos; estos factores (decisión, intención) no pueden transformar un suceso corporal en una acción, ya que aquello respecto de la cual son propiamente llamados antecedentes son acciones y no sucesos.

Después de este "excursus" volvamos de nuevo a las tesis mantenidas por Hart acerca de la naturaleza social, adscriptiva y excluible del concepto de acción. En realidad, Hart apoya esta tesis en determinadas consideraciones (3):

---

(1) A.R. White, Introducción, op. cit., p. 14.

(2) Sobre este punto vid. la bibliografía cit. por White, op. cit. p. 15.

(3) "The Ascription...", op. cit., p. 184 y ss.

a) Al preguntar -siguiendo el ejemplo que propone Hart- ¿Quién golpeó a B?-, se responde: "A lo hizo". Al responder de esta forma, no nos estamos refiriendo a una combinación de elementos físicos y psicológicos -- que A llevó a cabo, ni a una conjunción de enunciados categóricos e hipotéticos descriptivos de movimientos físicos o de disposiciones subjetivas sobre qué habría ocurrido de haber habido otro tipo de acción. Para Hart, la respuesta implica una adscripción de responsabilidad justificada por los hechos; los movimientos físicos de A son circunstancias que, en ausencia de alguna "defence", apoyan o son buenas razones del enunciado adscriptivo "El lo hizo".

b) El enunciado "A golpeó a B" puede ser revocado de dos modos, propios de los conceptos que como simple combinación de elementos físicos y psicológicos, supone identificar el significado de un enunciado no descriptivo que adscribe responsabilidad, de un modo más fuerte o más débil, con las circunstancias fácticas que lo apoyan o que son buenas razones para la adscripción. Esta tesis es resumida por Hart del siguiente modo "... though of course not all the rules in accordance with which, in our society, we ascribe responsibility are reflected in our legal code nor vice versa, yet our concept of an action, like our concept of property, is a social concept and logically dependent on accepted rules of conduct. It is fundamentally not descriptive, but ascriptive in character; and it is a feasible concept to be defined through exceptions and not by a set of necessary and sufficient conditions whether physical or psychological" (1). De

---

(1) "The Ascription...", op. cit., p. 189. El subrayado es mío. Para Hart, los enunciados "Yo lo hice", "El lo hizo" son, primariamente, enunciados en los que confesamos o admitimos una sujeción, o hacemos acusaciones o adscribimos responsabilidad. Sin embargo, los verbos de acción tienen un importante uso descriptivo (sobre todo en los tiempos presente y futuro); ahora bien, este uso descriptivo no puede hacernos confundir su peculiar sentido adscriptivo, al igual que sucedía en las decisiones judiciales. Ahora bien, ¿todos los enunciados de "acción" pueden ser categorizados en términos adscriptivos de responsabilidad? Pa

este modo, para Hart, el concepto de "acción" reúne tres características:

- a) es un concepto social (implica lógicamente reglas de conducta aceptadas).
- b) no es un concepto descriptivo, sino fundamentalmente adscriptivo (esta adscripción se mantiene en la medida en que no se pueda invocar alguna circunstancia que la incluya).
- c) es un concepto "excluíble" (definición por medio de excepciones y no mediante un conjunto de condiciones necesarias y suficientes, ya físicas, ya psicológicas).

En realidad, uno de los análisis tradicionales de la naturaleza de la acción —que hace de la presencia de un antecedente una condición necesaria para que algo sea una acción— es el que ha sido criticado sistemáticamente por Hart. En este sentido, uno de los análisis clásicos ha sido —y es— el que denomina "voluntad" a este antecedente; este tipo de análisis puede encontrarse en la historia del pensamiento filosófico inglés, como por ejemplo en la obra de Hobbes (1), de Locke (2), de Hume (3), y en J.S. Mill —(4). Este análisis siguió siendo predominante durante el siglo XIX y prin-

---

cont.— reza que no; por ej., "A se sentó a cenar" implica una acción, pero ¿se puede decir con sentido que A es responsable de esta acción?. La función adscriptiva del lenguaje jurídico de la acción parece ser clara; la función adscriptiva del lenguaje ordinario de la acción no parece ser tan clara: aquí si cumple la función descriptiva un papel importante.

- (1) "Leviathan", part. I, cap. VI (independientemente de la edición completa de las obras de Hobbes —ed. de W. Molesworth, dividida en "The English Works" (11 vols.) y Opera philosophica en latín (5 vols.), Londres. 1839-1845—, puede consultarse la excelente edición del Leviathan de M. Oakeshott, Oxford, 1951. En castellano, vid. la edición de Carlos Moya y A. Escotado para Ed. Nacional, Madrid, 1979.
- (2) "Essay Concerning Human Understanding", libro II, cap. XXI (puede consultarse la ed. cast. "Ensayo sobre el entendimiento humano", ed. de S. Rábade y M. Esmeralda García, Ed. Nacional, Madrid, 1980, 2 vols.) (1690), Fontana Collins, Londres, 1973.
- (3) "Treatise of Human Nature", II, III, 1 (puede consultarse la ed. de —

cipios del siglo XX. Dentro del ámbito de la teoría del Derecho, J. Austin es un fiel representante de esta doctrina: para este jurista las "voliciones" son aquellos deseos que teniendo por objeto unos movimientos corporales son inmediatamente seguidos de estos movimientos "queridos" por ellos (1). En estos autores subyacen una serie de "excluíbles": por un lado, se puede decir, negando categóricamente la acción de A: "A no golpeó a B, fue C"; por otro lado, se puede "reducir" la responsabilidad de A aduciendo alguna de las circunstancias eximentes y atenuantes (2).

c) Ahora bien, estas consideraciones, ¿salvan el escollo de la definición descriptiva de las acciones humanas por sus condiciones necesarias y suficientes -al ser precisamente las causas de eximentes y atenuantes la ausencia de esas condiciones-?. Para Hart, la respuesta es positiva: el cambio de visión proviene, no de la búsqueda de la existencia de fenómenos psicológicos (como "intención" o "voluntariedad") sino investigando si alguna de las circunstancias eximentes cubren el caso. No se trata de ob-servar las condiciones necesarias y suficientes positivas, sino constatar -sin más- alguna de las eximentes. Se trata, pues, de un cambio de visión mas que de una formulación alternativa explícita.

d) El criterio psicológico no permite ninguna explicación de la diferenciación entre una acción accidental y otros casos no intencionales.

---

cont.- T.H. Green y T.H. Grose, Londres, 1909, 2 vols.; en castellano, vid "Tratado sobre la naturaleza humana", trad., introd. y notas de F. Duque, Ed. Nacional, Madrid, 1977).

cont.- "System of Logic", libro III, cap. V, 11 (1843; puede consultarse la edición de Longmans, Green & Co., 8ª ed., Londres, 1906, n.i. 1961) (hay trad. cast. cit.).

(1) "Lectures on Jurisprudence", lecc. XVIII. (ed. de R. Campbell, Londres, John Murray.

(2) Vid. la lista que ofrece Hart, "The Ascription...", op. cit., p. 190-191.



e) La explicación de la acción en términos hipotéticos es excesivamente ambigua y conlleva múltiples paradojas (1).

f) Al rectificar un enunciado como "A golpeó a B" en virtud de nuevas circunstancias, no describimos de nuevo -ya que esto implicaría que el primer enunciado era falso- sino que adscribimos nuevamente una responsabilidad modificada.

Alan R. White, reformula la tesis de Hart del siguiente modo: "Decir que X es una acción humana no es describir algo que sucedió, sino atribuir a alguien la responsabilidad de ese suceso" (2). A esta tesis, White plantea algunas objeciones: en primer lugar, al pronunciar este enunciado parece que no se distingue entre la acción llevada a cabo y el hecho de hacer algo. No se delimita suficientemente entre el hecho de ser el responsable de un acontecimiento y el hecho de ser responsable de la propia acción - que consiste en hacer que algo ocurra (3); en segundo lugar, los enunciados "A es responsable de X" y "A hizo X" no pueden tener el mismo significado. Mientras que el segundo enunciado puede ser causalmente determinado, el primero puede venir determinado en virtud de reglas o compromisos (4).

---

(1) "The Ascription...", op. cit., p. 192-193, sobre estas paradojas.

(2) Introducción, op. cit., p. 11.

(3) Aunque, claro está, un sujeto puede ser responsable, tanto de la acción como del suceso. Una negación de esta responsabilidad conjunta se puede encontrar en el análisis de Pitcher, "Hart on Action..." op.cit. ya expuesto, y en J. Ladd, "The Ethical Dimensions of the Concept of Action", Journal of Philosophy, LXII (1963), p. 633-645.

(4) Una explicación de la responsabilidad en términos de "causa de" puede verse en Feinberg "Acción y Responsabilidad", op. cit., p. 139; en contraposición, vid. J.R. Pennock, "The Problem of Responsibility", en "Responsibility" Nomos III, ed. C.J. Friedrich, Liberal Arts Press. - Nueva York, 1960, p. 3-27. La tesis fundamental de Hart, como se ha visto, consiste en contradecir a los que sostienen que la opinión natural de atribuir un acto a un agente es llevar a cabo una descripción causal del acto.

En este mismo sentido, Feinberg desarrolla la segunda parte de su artículo (1) en base a la siguiente pregunta: ¿Tiene algún sentido el que los enunciados sobre acciones normales atribuyan responsabilidad?. Feinberg, para apoyar la tesis de que sí tiene sentido, clasifica en cinco tipos las atribuciones o adscripciones de responsabilidad -atribuciones directas de casualidad, de agente causal, de agente simple, imputaciones de faltas y atribuciones de responsabilidad en sentido propio-, teniendo en cuenta que todo tipo de proposición sobre la acción puede usarse adscriptiva o descriptivamente (2). Para Feinberg, los dos tipos de enunciado se refieren a cuestiones de hecho. Claro está que podemos dar al lenguaje adscriptivo una fuerza ilocucionaria que se oponga al uso descriptivo de este mismo lenguaje; el uso adscriptivo del lenguaje sería un uso práctico, normativo, discrecional -sometido a una relatividad contextual-, mientras que el uso descriptivo sería teórico, constitutivo y fáctico. A juicio de Feinberg, si bien el análisis de Hart no puede extenderse a todos los enunciados del lenguaje ordinario de la acción, las atribuciones o adscripciones causales, al tener un carácter discrecional y de relatividad contextual, poseen características lógicas análogas a las de algunas demandas y acusaciones jurídicas; por ello, las atribuciones que adscriben una calidad de agente causal, también son adscriptivas.

Por su parte, la crítica de Pitcher a la tesis que sostiene el carácter "excluyente" de las acciones humanas, podría ser resumida del siguiente modo (3): en interpretación de Pitcher, la tesis de Hart implica dos subte

---

(1) op. cit., p. 151 y ss.

(2) Para P.T. Geach, "Ascriptivism", The Philosophical Review, LXIX, 1960, p. 221-225., el par adscriptivo-descriptivo puede ser puesto en paralelo con el par prescriptivo-descriptivo, como si fueran distinciones del mismo orden lógico. Por su parte, K.W. Rankin, "Choice and chance" Oxford, 1960, p. 29 y ss., ha distinguido entre "cuestiones de atribución" y "cuestiones de hecho".

(3) "Hart on Action...", op. cit., p. 232 y ss. Esta tesis de Hart es re -

sis: a) A llevó a cabo ciertos movimientos físicos. A es censurable por lo que hizo y b) La acción de A puede ser reformulada diciendo que A llevó a cabo X accidentalmente, lo que conlleva alguna clase de "defense" -la "defense" puede ser débil, en cuyo caso se reduce la responsabilidad, o fuerte, en cuyo caso se exige la responsabilidad-, que implica la remodelación del enunciado y su imposibilidad de ser definido por un conjunto de características necesarias y suficientes. Para Pitcher, los conceptos de acciones que no conlleven verbos condenatorios no pueden ser "excluibles", ya que no pueden contener "defenses" fuertes. Sólo las acciones enunciadas con verbos condenatorios (por ej., asesinar) pueden ser consideradas como conceptos "excluibles". Así, Pitcher dirá: "I conclude that the concept of hitting someone is not a defeasible concept and that the same goes for all human actions with the exception of those designated by condemnatory verbs" (1). La acción de golpear no puede ser anulada. Lo que es característico de un concepto genuinamente "excluible" es que, aunque se satisfagan ciertas condiciones que son normalmente necesarias y suficientes para que el propio concepto sea aplicado, hay, sin embargo, ciertas "defenses" que rechazan la pretensión de su aplicación; en el caso de la acción de golpear, es imposible demostrar -como Hart parece sugerir- que, dadas todas las condiciones necesarias y suficientes, existan "defenses" que rechacen la pretensión implícita en el concepto de esa acción. La acción de golpear se hace o no se hace.

Las conclusiones de Pitcher pueden ser formuladas del siguiente modo:

---

cont.- formulada por Pitcher de este modo: "... even though those conditions which are normally necessary and sufficient for a person's having performed a certain action have been met - and these conditions consists primarily of the person's having made the relevant bodily movements - nevertheless there are defenses which can be put forward which defeat the claim that he performed that action."

(1) "Hart on Action...", op. cit., p. 234.

el rechazo de la tesis de Hart no implica el rechazo de la noción de "revocabilidad", puede ser reformulada diciendo que es el concepto de ser merecedor de cierto tipo de censura o castigo por la ejecución de una acción -censurable. Si A lleva a cabo cierta acción X, A es merecedor de cierto tipo de censura o castigo; si tiene una atenuante, se le reduce; si tiene una eximente, se suprime. Si el concepto de una acción "excluíble" la interpretamos como una acción capaz de ser merecedora de censura o castigo -variando de este modo la concepción de Hart-, esta teoría explicativa podrá ser aplicada a todas las acciones y no -como se sigue del concepto de Hart- sólo a las acciones enunciadas con verbos condenatorios (1).

En realidad, el análisis causalista psicológico de las acciones humanas -acciones humanas explicadas causalmente mediante la descripción de elementos intencionales o de voluntad- prevaleció durante cierto tiempo en la filosofía analítica de Oxford. Como crítica a este análisis surgió un grupo (2) -entre los que se puede contar a Hart, aunque, posteriormente, abandonó estas tesis aceptando la crítica de Pitcher y Geach- de profesores que cuestionaban las tesis del análisis psicológico. El profesor Geach, en su artículo citado, llevó a cabo una crítica general del "Adscriptivismo" que podríamos resumir en cuatro puntos principales:

1) Parte Geach de la consideración del "Adscriptivismo" como una teoría comprensiva de la acción para la que, decir que una acción X es voluntaria por parte de un agente A, no implica la descripción del acto X como causado de alguna manera, sino su adscripción a A, es decir, implica sostener que A es responsable de X.

- 
- (1) Ahora bien, esta nueva versión no es obstáculo para aceptar las virtudes de la formulación de Hart como crítica de las concepciones de la acción humana en términos de elementos "mentales".
- (2) El profesor P.T. Geach, en "Ascriptivism", op. cit., denominará a este grupo "adscriptivistas".

2) La adscripción de responsabilidad es una cuestión de actitudes morales o causi morales; sus enunciados no son ni verdaderos ni falsos como serían los enunciados de un lenguaje descriptivo y científico. El lenguaje adscriptivo es un tipo lógico diferente, cuyos componentes semánticos no puede ser verdaderos o falsos.

3) La teoría adscriptiva forma parte de un conjunto de teorías del significado que diferencian claramente un uso descriptivo del lenguaje y un uso emotivo. Precisamente, el gran error del utilitarismo consistió en considerar "la mayor felicidad del mayor número" como un enunciado descriptivo.

4) Los párrafos 1., 2., y 3., -que pueden resumir las teorías del "Adscriptivismo"- están sujetos a un gran error: la no distinción entre, por un lado, "llamar a una cosa P", y, por otra, "predicar P de una cosa". En palabras de Geach, "A term "P" may be predicated of a clause of a disjunctive proposition, without the thing's being thereby called "P"". Es decir, si "A" es verdad -predicamos la verdad de "A"- no implica decir "A es verdad" -llamar a A, verdad-. Las teorías de los enunciados no descriptivos sólo toman en cuenta el uso de los términos en el segundo sentido, al igual que las teorías de la verdad consideran el uso de "verdad" solamente al llamar a un enunciado "verdad". Para Geach, adscribir un acto a un sujeto A, es una descripción causal del acto, y no una adscripción de responsabilidad; condenar a algo llamándolo "malo" tiene que ser explicado a través de la noción más general de predicar "malo" de una cosa, hecho sin ningún tipo de condena. El uso del término "malo" no se puede explicar mediante actos no-descriptivos de condena, al igual que tampoco es posible explicar términos de enunciados no descriptivos de adscripción o imputación. (1)

---

(1) El ejemplo que propone Geach es el siguiente: "Si jugar es malo, invitar a la gente a jugar es "malo"; predico "malo" del acto de jugar y de invitar a la gente a jugar, pero no condeno estos actos."

A pesar de las críticas expuestas, aceptadas y reconocidas por el propio Hart, lo importante a tener en cuenta, es, a mi juicio, la superación de un análisis reductivo del lenguaje jurídico, aunque la fórmula alternativa no haya sido tan plausible como en principio cabía de esperar.

### A.2.3. Filosofía y teoría de la causa.

Intentaré resumir en este apartado las principales tesis defendidas por Hart en "Causation in the Law" (1), con la intención de demostrar una vez más cómo el análisis del lenguaje ordinario llevado a cabo por Hart se constituye como su método fundamental en el análisis de los conceptos y problemas jurídicos, por lo que pasaré por alto las discusiones técnico-jurídicas para centrarme exclusivamente en las argumentaciones de tipo filosófico.

En realidad, el trabajo de Hart y Honoré trata de llevar a cabo un estudio comprensivo del concepto de causalidad en la teoría y práctica jurídica, teniendo como propósitos, por un lado, la explicación del uso común del término "Causalidad" y su empleo en el contexto jurídico -criticando las teorías tradicionales y contemporáneas- y, por otro lado, el examen y la crítica de una corriente de pensamiento jurídico -muy influyente en los EE.UU.- que trata de clarificar y simplificar el concepto de "causalidad". (2)

- 
- (1) "Causation in the Law", H.L.A. Hart y A.M. Honoré, Oxford, The Clarendon Press, 1959. Los seis primeros capítulos, de contenido más filosófico y teórico, fueron escritos por Hart. Los caps. 6-15 analizan los conceptos causales en el Common Law: caps. 6-11 (responsabilidad civil contractual), caps. 12-14 (responsabilidad criminal) y cap. 15 (cuestiones causales de evidencia y procedimiento).
- (2) Un resumen del contenido de "Causation in Law" puede verse en la revisión crítica del libro a cargo de Roger Hanceck en "Natural Law Forum" 1962, Vol. 7, Notre Dame Law School, p. 143-152.

Parte Hart de la constatación que la filosofía -y por esto Hart en -  
tiende Hume y Mill- he estudiado el problema de la causalidad en la cien -  
cia, pero no en contextos normativos o prácticos (1). En todo caso, la me -  
yor "fuente" filosófica se puede encontrar -a juicio de Hart- en la filoso -  
fía empirista de Hume y Mill y no en la metafísica de Leibniz o Bradley. -  
Por otro lado, en Kant, cuyo concepto de causalidad es aplicable exclusiva -  
mente en el ámbito de las ciencias empíricas, se pueden encontrar los ante -  
cedentes de la teoría general del Derecho alemana, cuando se establece la  
diferencia entre la simple causalidad física y la discusión acerca de si -  
el acto fue deliberado, erróneo o accidental -cuestión ésta debatida al -  
discutir la posible culpa o "mena rea"-.

Hart considera la obra de Hume y Mill esclarecedora en muchos de sus  
planteamientos en torno al problema del análisis de la noción de causali -  
dad, tanto en su crítica a la explicación metafísica como en el propio -  
planteamiento de sus tesis. Se podría decir que la noción de causación en  
el contexto de la filosofía europea ha estado dominada, desde Hume, por un  
tipo de causación experimental o científica, basada en generalizaciones o  
leyes que afirman la conexión invariable de ciertos tipos de sucesos. Las  
dificultades surgirán al aplicar este tipo de generalizaciones en la expli -  
cación causal del Derecho y la Historia, basados ambos en enunciados causa -  
les singulares. (2).

---

(1) Un estudio más equilibrado y ecuánime del concepto "causa" en la histo -  
ria de la filosofía puede verse en la voz "causa" del Diccionario de -  
Filosofía de J. Ferrater Mora, Alianza Ed., Madrid, 1979, tomo I, p. -  
461 y ss.

(2) Un excelente libro, con bibliografía escogida que sitúa estos proble -  
mas en el ámbito de la metodología de las ciencias sociales es Georg -  
Henrik von Wright, "Explicación y Comprensión", op. cit. En el siguien -  
te apartado haré continuas referencias a él. En este sentido, como com -  
plemento del libro de Von Wright, vid. "Articles from 'Esseys en Expla -  
nation and Understanding', D. Reidel Publ. Company, Dordrecht, Holanda  
1976 (hay trad. cast. de Luis Vega, "Ensayos sobre explicación y com -  
prensión", Alianza Ed., Madrid, 1980; esta compilación recoge ensayos

La primera distinción importante señalada por Hart en la diferenciación entre causa y simples condiciones o circunstancias, confusión muy común cuando se usan generalizaciones para identificar la causa de un suceso particular. Además, cuando establecemos conexiones casuales en casos particulares a través de series de sucesos, tenemos que tener en cuenta, no solamente las generalizaciones que pueden informarnos sobre las clases de sucesos que son condiciones necesarias y suficientes para la existencia de otros, sino también consideraciones de diferente orden, concernientes al modo en el que las generalizaciones pueden combinarse y aplicarse en casos particulares.

En opinión de Hart, dos problemas importantes ocuparon la atención de Hume al analizar el concepto de causa: por un lado, el problema de la verdad y de la caracterización del principio "todo suceso tiene una causa"; - en segundo lugar, el estudio de la noción de conexión necesaria entre una causa y su efecto (1). En realidad, el segundo problema es el que puede interesar de una forma más directa al jurista. Para Hume, la noción de "conexión necesaria" entre causa y efecto no encubre ningún tipo de propiedad inherente o conexión conceptual. El tipo de conexión entre causa y efecto

---

cont.- de J. Hintikka, P. Winch, A. Macintyre, F. Stoutland, R. Martín y - G.H. Von Wright. Aquí tan sólo quiero exponer algunos problemas señalados por Hart al analizar la obra de Hume y Mill, y problemas que, sin duda, influyen en su posterior concepción del Derecho. Con relación a este tema, dirá Hart ("Caustion...", cit., p. 9): "... causation is not to discover connexions between types of events, and so not to formulate laws or generalizations, but is often to apply generalizations, which are already known or accepted as true and even platitudinous, to particular concrete cases... the causal statements of the lawyer and the historian are like the causal statements most frequent in ordinary life: they are singular statements identifying in complex situations certain particular events as causes, effects, or consequences of other particular events".

- (1) "Caustion...", cit., p. 12. Para Hume, el principio general de que todo suceso tiene una causa es más una generalización empírica que una creencia fundada en algún tipo de necesidad metafísica. Vid. "Tratado de la Naturaleza Humana", op. cit., Libro I, part. III, cap. 14 (p.279-301)



pertenece a una categoría distinta del tipo lógico de conexión o necesidad entre proposiciones que utilizan argumentos deductivos (1). Las relaciones de contigüidad y sucesión que se dan en las conexiones necesarias entre dos objetos no pueden derivar —argumenta Hume— de ideas originales surgidas exclusivamente en la razón, sino que derivan "de la experiencia y de algunos casos particulares de esta eficiencia que pasan a la mente por los canales comunes de la sensación y la reflexión". Para Hume, sólo la observación de múltiples casos semejantes (casos en que siempre están conectados entre sí los mismos objetos) constituye la esencia misma de la conexión, siendo la fuente donde surge la idea de acción causal: "La conexión necesaria entre causas y efectos es la base de nuestra inferencia de las unas a los otros. La base de nuestra inferencia es la transición resultante de la unión debida a costumbre" (2).

Como Hart señala, el análisis psicológico de Hume de la idea de conexión necesaria entre causa y efecto fue transformado por Mill en un análisis lógico (3), es decir, en un análisis que contempla la implicación de enunciados singulares causales en proposiciones generales que establecen conexiones universales entre tipos de sucesos. Ahora bien, volviendo a Hume, Hart se pregunta: ¿En qué sentido la terminología de Hume es inadecuada para analizar la noción de causalidad tal y cómo se aplica en el Derecho? Hart señala tres objeciones:

- 
- (1) Hume, en la sección XIV de su "Tratado sobre la naturaleza humana", capítulo donde desarrolla estas ideas, critica especialmente la concepción racionalista cartesiana ("deux ex machina"), concepción que centra en la divinidad el principio motor de la materia (op. cit., p. 284).
  - (2) "Tratado...", op. cit., p. 292. Seguiré argumentando Hume que la necesidad es algo existente en la mente, no en los objetos; si bien la idea de necesidad surge de la repetición de la unión entre objetos, es cualidad de la percepción mental y no de los propios objetos, siendo éstos "internamente sentidos por el alma y no percibidos externamente en los cuerpos" (op. cit., p. 293.).
  - (3) "Causation...", op. cit., p. 13.

1) en primer lugar, mientras que el lenguaje utilizado por Hume se reduce a "sucesos" y "objetos", el lenguaje jurídico causal (al igual que el lenguaje histórico, e, incluso, que el lenguaje ordinario) no se reduce a estas categorías, sino que puede incluir "persistent states", "failure of events to happen" o "failure or emission of human beings to act" (1). No se puede reducir el lenguaje jurídico causal a las categorías de Hume.

2) en segundo lugar, mientras que el análisis de Hume se basaba en secuencias uniformes de sucesos diádicos, el análisis de Mill (2) es mucho más complejo: Mill habla de un conjunto de antecedentes en el desarrollo de las relaciones causales, sin que exista una simple correlación biunívoca. La dificultad radica en la selección del conjunto de antecedentes que identifica la causa. Para Mill, la causa, desde un punto de vista filosófico, es la suma total de las condiciones de un suceso y -como dice Mill- "we have philosophically speaking no right to give the name of cause to one of them exclusively of the others" (3). El proceso de selección entre las condiciones para determinar la causa de ciertos sucesos es complejo; Mill señala que tanto el conocimiento inicial como el propósito general del sujeto que quiere conocer la causa son factores selectivos (4). En este sentido, lo que subraya Hart es la importancia del giro metodológico que Mill incorpora en su estudio sobre la causación; Mill no trata de responder directamente a preguntas tales como ¿Qué es una causa?, sino que pretende investigar bajo qué condiciones y propósitos se pueda hablar de la causa de un suceso. Este giro metodológico trata de relativizar, contextualizar y relacionar el concepto de causa con conceptos próximos.

---

(1) "Causation...", op. cit., p. 15.

(2) Tal y como es desarrollado en "System of Logic", op. cit.

(3) "System of Logic", op. cit., libro III, cap. V, s. 3.

(4) En el cap. II de "Causation...", Hart analiza cómo se lleva a cabo la selección de un conjunto de condiciones para determinar la noción común de 'causa'.

3) El tercer aspecto que Hart considera importante en la revisión crítica de Mill de las tesis de Hume, es la doctrina de la pluralidad de causas. De este modo dirá Hart: "Hume and many others philosophers had written as if a cause must not only be sufficient for the occurrence of an effect, but also necessary... Mill, by contrast, presents the notion of a cause in terms of sufficient conditions though, as we have seen, he stresses the complexity of these conditions: we find not a single condition sufficient to produce an effect, but a set of conditions which are together sufficient" (1). Por tanto, la importancia que Hart concede a Mill responde a la preocupación metodológica de este último, en complejizar el problema de la determinación de las causas al constatar el hecho de su pluralidad. Precisamente, dentro del ámbito de la teoría del Derecho anglosajón, Mill es el filósofo más citado cuando se analizan los problemas de la causalidad jurídica. Ahora bien, las tesis de Mill son a menudo mal interpretadas por los juristas. La interpretación errónea —en opinión de Hart (2)— se basa en considerar que todo lo que es una condición necesaria o "sine qua non" de algún suceso tiene igual derecho a ser tratado como causa de ese suceso. Sin embargo, Mill define la causa en términos de condiciones suficientes —no necesarias— siendo su consecuencia —su insistencia en secuencias invariables como elementos esenciales en la causación implica una generalización del tipo siguiente: sucesos del tipo A son invariablemente seguidos por sucesos del tipo B— ignorada por aquéllos.

La doctrina de la causación de Mill es resumida por Hart en cuatro apartados (3):

- 
- (1) "Causation...", op. cit., p. 18. Mill entiende por causa "the whole of the contingencies of every description which being realized the consequence invariably follows". ("System of Logic", libro I, cap. V. s. 3.).
- (2) "Causation...", op. cit., p. 19.
- (3) "Causation...", op. cit., p. 20.

1) la noción central del concepto de causación -tanto para Mill como para Hume y sus contemporáneos no racionalistas- es la secuencia invariable de que A es causa de B implica indirectamente afirmar que sucesos del tipo A son invariablemente seguidos por sucesos de tipo B.

2) la tesis de Mill no significa que sucesos singulares son seguidos por otros sucesos, sino que los antecedentes de tales secuencias invariables son conjuntos complejos de condiciones que pueden incluir no solamente sucesos sino también estados persistentes y condiciones negativas.

3) Mill distingue entre una noción filosófica-científica de causa -conjunto de condiciones suficientemente conexiones para la producción de determinados efectos- y una noción común que sostiene que sólo una de estas condiciones es seleccionada -dependiendo de los principios contextuales y del propósito de los enunciados particulares- como causa, aunque los otros antecedentes estén relacionados con los efectos de la misma forma.

4) Mill sostiene que pueden existir varios conjuntos independientes de condiciones suficientes para la producción de un suceso de cierto tipo y así, el mismo suceso puede tener diferentes causas en ocasiones diferentes.

Por su parte Hart analiza el concepto de causación desde el uso ordinario del lenguaje. Para Hart no existe un único concepto de causación, sino un grupo o familia de conceptos que tienen ciertas características comunes diferenciables de las simples condiciones o circunstancias que anteceden a determinados efectos la noción central de "causa" en el lenguaje común responde a una concepción de "causa" como interferencia en el curso natural de los sucesos (1), concepción tan importante como la noción de secuencia invariable o constante, subrayada por Hume y Mill. Ahora bien, —

---

(1) "Causation...", op. cit., p. 27. La cita completa es: "... is an interference in the natural course of events which makes a difference in the way these develop".

cuando se habla de intervención humana deliberada en el curso normal de los acontecimientos, están subyaciendo cierto tipo de proposiciones genéricas diferenciables de las proposiciones generales de secuencias invariables tal y como eran formuladas por Hume y Mill (conocimiento genérico del modo "usual" en el que se desarrollan ciertos sucesos mediante intervenciones "propter hoc" a diferencia de secuencias invariables "post hoc")

Hart distingue entre la noción de causa y la noción de condiciones simples (1). La distinción radica en la diferencia entre condiciones normales y anormales: las primeras son aquellas condiciones que se presentan como parte del estado usual o modo de operación de la cosa objeto de investigación; las segundas "interfieren" el desarrollo normal de la acción. La causa se identifica con las segundas. Sin embargo, la distinción puede ser efectuada de distinta forma, dependiendo de los contextos donde se produce -por ejemplo, teniendo en cuenta las pretensiones e intereses prácticos del sujeto que investiga-.

Teniendo en cuenta lo anterior, Hart plantea dos principales objeciones a las tesis formuladas por Mill (2):

a) en primer lugar, Mill, siguiendo a Hume, a juicio de Hart, sobreestimó el papel de las generalizaciones causales (decir que A causó B quiere decir que sucesos como A son seguidos invariablemente por sucesos como B), olvidando los casos que Hart denomina de "transacciones interpersonales" (casos en los que decimos que A -una persona- causó a otra actuar de cierta forma mediante la persuasión, la amenaza, etc.). En estas transacciones interpersonales, las palabras o acciones de A constituyen la razón -o parte de la razón- de por qué la segunda persona actúa como lo hizo. Como dice Hart, "its most important feature is that the statement that a person acted for a given reason does not require for its de -

---

(1) "Causation...", op. cit., p. 30. En este sentido, vid. R.G. Collingwood, "On the So Called Idea of Causation", Proceedings of the Aristotelian Society, 1938, XXXVIII, 85.

(2) Vid. "Causation...", op. cit., p. 48 y ss.

fence generalizations asserting connexions between types of events" (1).

b) en segundo lugar, Mill, siguiendo de nuevo el pensamiento de Hume, desarrolla sus conceptos, a juicio de Hart, en "contextos explicativos" (dado un suceso X, nuestra investigación sobre su causa es la búsqueda de un factor desconocido), ignorando las denominadas por Hart "investigaciones atributivas" (investigaciones frecuentes en el Derecho, la Historia y el lenguaje ordinario: contextos en los que conocemos todos los factores que entran en juego al acontecer un suceso, pero que, al estar desordenados, tenemos que identificar el factor causa).

En definitiva, lo que quiero subrayar es la exigencia señalada por Hart de un análisis diferente de los tipos de relaciones causales entre acciones humanas. Incluso en los casos de causación en los que se puede aplicar el modelo de Mill, se puede decir, siguiendo a Hart, que las generalizaciones implicadas en enunciados causales singulares, no son enunciados de secuencias invariables e incondicionales, y el sentido en que la causa es suficiente para producir su consecuencia no puede ser definida de esta forma. Las generalizaciones implicadas son enunciados de conexión general entre determinados tipos de sucesos que se refieren a casos particulares diferenciables de simples contra-ejemplos. La causa no es seleccionada entre un conjunto de condiciones previamente indentificadas, sino a través de la experiencia de contraejemplos o con la ayuda de teorías científicas, "to identify certain conditions without which our broadly formulated generalizations fail but with which they hold good". (2).

---

(1) "Causation...", op. cit., p. 21. En las transacciones interpersonales, Hart destaca cuatro características principales: "(i) In all of them the second actor knows of and understands the significance of what the first actor has said or done; (ii) the first actor's words or deeds — are part of the intention to do the act in question only after the first actor's intervention; (iv) except in the case where the first actor has merely advised the second act, he intends the second actor to do the act in question" (op. cit., p. 49-50).

(2) "Causation...", op. cit., p. 106.

A mi juicio, lo más valioso del planteamiento de Hart es el intento - por comprender la noción de causalidad en los términos de la actividad humana. En definitiva, existe una analogía decisiva entre conocimiento causal y conocimiento práctico, entre el concepto de causalidad el de mediación humana. Sin embargo, creo que el tema es tan complejo y controvertido que su análisis nos llevaría a un lugar distinto del propósito que me marqué al comenzar esta apartado. No obstante, espero retomar algunos puntos de vista aquí mencionados en el siguiente capítulo con la finalidad de situar la obra de Hart desde el punto de vista de la metodología de las ciencias sociales.

#### A.2.4 Valoración crítica: filosofía del lenguaje jurídico y de la acción en Hart.

El análisis hartiano del lenguaje jurídico demuestra que el lenguaje jurídico tradicional y el lenguaje ordinario tienen un significado propio que constituye la base de una teoría autónoma de la definición jurídica. - Como consecuencia de esto se puede decir que el lenguaje de los juristas - pueda ser descrito y explicado como un lenguaje con un sentido y significado propio que depende del uso que le den sus propios usuarios (1). Hart ha sostenido la tesis de la irreducibilidad de los enunciados de conceptos jurídicos, tesis que podría ser formulada del siguiente modo:

a) toda descripción del significado de los conceptos jurídicos debe tener presente una referencia a las reglas jurídicas.

b) los conceptos jurídicos no pueden ser referidos a "cosas", -

---

(1) En este sentido, véase M. Jori, "Hart e l'analisi...", op. cit., p. - 200 y ss.

ni siquiera a las cosas cuya existencia es necesariamente presupuesta.

En "Ascription" la irreducibilidad de los enunciados jurídicos se basa principalmente en su característica de ser "excluíbles" o "revocables"; si las condiciones que pueden "revocar" las conclusiones jurídicas son - potencialmente infinitas, esto quiere decir que los enunciados jurídicos no pueden ser analizados completamente indicando el conjunto de las condiciones veritativas del enunciado (1). La tesis de la irreducibilidad de los enunciados jurídicos, en tanto que implica un área de incertindumbre en función de las condiciones de revocabilidad, tendría que ser puesta en conexión con la teoría de la interpretación formulada por Hart en C.D. - que en definitiva viene a decir que todas las reglas poseen un área de incertidumbre -junto a un área de certeza prescriptiva- donde la discrecio- nalidad judicial interpretativa debe operar con el fin de encontrar una - solución jurídica a los casos singulares. Hart, en un primer momento, sos- tuvo una teoría de la naturaleza de los términos y conceptos jurídicos -y de sus enunciados correspondientes -similar a la que sus operadores- es - pecialmente los jueces - conferían a su propia actividad: una teoría gene- ral de la definición de los conceptos y términos jurídicos quedaba enmarca- da dentro de una teoría general del significado de las acciones sociales (2) que sostiene que la imagen que los propios operadores sociales tienen im- plícita de su actividad siempre debe ser usada como instrumento de descrip- ción de tal actividad y no simplemente como dato de hecho en la propia des- cripción. Hart, en las obras posteriores a "Ascription", construye una tea- ría del lenguaje jurídico, que si bien considera fundamental el modo de ha

---

(1) Esto será criticado por G.P. Baker, "Defeasibility and Meaning", Law, Morality and Society, op. cit., p. 34 y 54 (sobre este trabajo volvere- mos más adelante).

(2) Vid. G.P. Baker, op. cit. Este autor sostiene que este tipo de teoría del significado, de origen wittgensteniano, tiene un parentesco preci- so con la epistemología de Collingwood y con la hermeneútica. En este mismo sentido, vid. P.M.S. Hacker, "Hart's Philosophy of Law", Law, Mo- rality and Society, op. cit., p. 9. Sobre este tema volveré en el ap. A.3.



blar y pensar de los operadores jurídicos, se basa en una concepción teórica de la naturaleza del lenguaje prescriptivo que trata de describir y explicar, desde el punto de vista analítico, el uso interno del lenguaje jurídico. Con referencia a este último punto, dirá Jori: "Mi pare dunque che questo último Hart si limiti ad applicare il precetto metodologico austiniano... per cui occorre prestare debita ma non conclusiva ed esclusiva attenzione al modo di parlare e di descrivere del linguaggio ordinario e/o - degli agenti (in questi casi del linguaggio dei giuristi). Dunque la ricostruzione hartiana (dell' último Hart) della struttura degli enunciati giuridici in cui compaiono i concetti giuridici individua della regale semantici che hanno descritte non solo perché hanno una distinta "funzione" sociale, ma anche perché non sono incompatibili con la regale di un universo linguistico ordinato secondo la concezione metateorica dell' analista" (1).

El propósito general de la teoría del Derecho de Hart, no consiste - tanto en un incremento o ampliación de nuestro conocimiento sobre el Derecho -mediante el descubrimiento de nuevos hechos- sino en un aumento de - nuestra comprensión mediante la formación de un nuevo punto de vista (2). La teoría implícita del lenguaje jurídico que subyace a la justificación - práctica de su teoría del Derecho podría ser enunciada bajo la forma de dos principios:

1. Es posible ofrecer explicaciones genuinas de los conceptos y enunciados jurídicos.
2. Los conceptos y enunciados jurídicos tienen una forma "sui - generis": no pueden ser lógicamente equivalentes a conceptos y enunciados no jurídicos (3).

---

(1) "Hart e l'analisi...", op. cit., p. 203.

(2) G.P. Baker, "Defeasibility and Meaning", op. cit., p. 26.

(3) Estos dos principios implican el rechazo de las teorías jurídicas "realistas" -Teorías que colosifican de un modo abstracto los conceptos jurídicos- y de las teorías jurídicas reduccionistas -principalmente, el

Así, para defender el principio antirreduccionista, Hart critica la - definición "per genus et differentiam" como único método de explicación - del significado de los conceptos, así como subraya la vaguedad ineliminable y la textura abierta de las reglas jurídicas, la diferenciación entre reglas primarias y secundarias y el rechazo doble del formalismo y escepticismo ante las reglas. Ahora bien, este principio antirreduccionista, - que defiende el carácter "sui generis" de los conceptos jurídicos y su no traducibilidad a otros términos equivalentes, parece estar en conflicto - con el primer principio explicativo.

Vefamos antes que las dos principales tesis defendidas por Hart en - "Ascription" podrían ser enunciadas, subyaciendo bajo ellas el principio antirreduccionista, del siguiente modo:

1. Las sentencias judiciales son "adscriptivas", no descriptivas; los conceptos jurídicos son "excluíbles" o "revocables".
2. El concepto de acción humana es "adscriptivo" y revocable. Enunciados como "El lo hizo" son usados primariamente para adscribir responsabilidad por las acciones, no para describir las acciones mismas.

Bajo estas dos tesis, Hart está subrayando, desde el punto de vista de la teoría del lenguaje, los actos de habla del lenguaje jurídico - contraste entre adscripción y descripción, contraste entre sentencias atributivas y enunciados de hecho-, concepción que, influida claramente por J.L.Austin, irá desapareciendo poco a poco en el conjunto de su obra. Para el Hart de

---

cont.- realismo jurídico escandinavo y norteamericano-. En realidad, la - obra de Hart se encuentra en una tensión continua entre el distintivo carácter irreducible de los conceptos jurídicos y su posibilidad de - explicación. Así, ha dicho Baker, op. cit., p. 27, refiriéndose a - Hart: "He seeks a middle way between realism and reductionism, a way that acknowledges both the possibility of non-trivial explanation of all legal concepts and the distinctive irreducible character of these concepts".

"Ascription" el uso primario de los conceptos jurídicos se manifiesta en la formulación de las decisiones judiciales (1), mediante el uso de "palabras operativas" o expresiones ejecutivas ("performatory utterances") (2). El juez no describe hechos al decir que existe un contrato entre A y B, - sino lo que está haciendo es emitir una decisión. Las sentencias judiciales no pueden ser verdaderas o falsas, sino afirmadas o revocadas. (3).

Ahora bien, la tesis de que el uso primario de los conceptos jurídicos corresponden a las decisiones judiciales será posteriormente abandonada por Hart. Para el profesor de Oxford, en primer lugar, las reglas jurídicas no sólo cumplen una función de guía para los jueces, sino que también cumplen una función importante de guía de la conducta social de los ciudadanos, encontrando en ellas la razón de su comportamiento y la justificación para la crítica de las conductas desviantes. En segundo lugar, - el carácter definitivo y firme de las sentencias judiciales no implica su infalibilidad (4), sino que el carácter peculiar del uso del lenguaje jurídico o por parte de los jueces debe su especial status a reglas secundarias que les confieren autoridad dentro de la estructura de un Ordenamiento Jurídico (5). Es decir, el carácter firme de las sentencias judiciales

---

(1) "Ascription...", op. cit., p. 172.

(2) Vid. ap. A.1.1.1.2.2.

(3) Refiriéndose a Hart, dice Baker: "To issue a decision is a speech-act that cannot be assimilated to making a descriptive statement. Therefore decisions cannot bear truth-values. There can be no question of - their being entailed by the facts cited in their support. Only a statement, not a performance, can be entailed by a set of facts. A correct explanation of a legal concept-word must take its distinctive - primary use into account, and this will of course make impossible its explanation in terms of clarifying the contribution that it makes to the truth-conditions of those sentences in which it occurs" (op. cit. p. 29). El subrayado es mío.

(4) Sobre esta distinción, vid. Hart, ".C.D.", p. 176 y ss.

(5) En este sentido, podrá decir Baker: Hart's distinction between primary a secondary rules is not en the principal tool in his analisis of.

no se debe el uso primario del lenguaje de los jueces sobre el uso derivado del lenguaje de los ciudadanos, sino a las especiales reglas secundarias que les confieren poderes o potestades públicas.

La tesis del carácter "revocable" o "excluíble" de los conceptos jurídicos ha sido criticada en numerosas ocasiones (1). En realidad, la explicación de los conceptos "revocables" presupone enunciados con determinados valores veritativos -lista de condiciones normalmente necesarias y suficientes para su aplicación y serie de cláusulas excepcionales-, presuposición que se halla en contradicción con la tesis de que la explicación de los conceptos jurídicos debe primordialmente explicar su uso primario adscriptivo. La defensa del principio antirreduccionista toma en "Definition.." la forma de una tesis negativa que sostiene que los conceptos jurídicos no pueden ser definidos "per genus et differentiam" (2). La definición "contextual" le sirve a Hart de argumento para criticar las teorías reduccionistas, teorías que establecen una conexión entre los conceptos jurídicos y el mundo de los hechos. Ahora bien, el análisis reduccionista también pueda ser construido sobre la base de definiciones contextuales - (3); el verdadero argumento crítico de Hart consiste en decir que la ex -

---

cont.- a legal system, but also the means for proper elucidation of the distinction between finality and infallibility and some of the differences in speech-acts performed by different subjects of a legal system" (op. cit., p. 30)..Sobre la distinción entre reglas primarias y secundarias vid. ap. B.1.2.

(1) Vid. sp. A.2.2. Vid. también la crítica de Baker, op. cit., p. 32, - 33 y 34.

(2) Vid. ap. A.1.2.4.

(3) Por ejemplo el método de Bentham de la paráfrasis o la teoría de las descripciones de Bertrand Russell. Sobre ello, vid. Baker, op. cit., p. 36; dice Baker, como conclusión: "Definition" per genus et differentiam" is not essential to reductionist analyses, and hence even - if it were necessary to give contextual definitions of fundamental - legal concepts, this would not prove that they were 'sui generis'."

plicación de los conceptos jurídicos presuponen la existencia de reglas - jurídicas, reglas que no pueden ser reducidas a "simples" hechos, sino a complejas situaciones sociales (1).

En "C.D.", Hart excluye la posibilidad de que el discurso jurídico - pueda ser reducido a un tipo de discurso en el que los conceptos sean absolutamente determinados mediante una aplicación e interpretación mecánica (2). Según Hart, una norma puede determinarse bien mediante una referencia explícita a una norma promulgada, bien mediante una referencia a un ejemplo de autoridad (precedente). Sin embargo, en el primer caso, siempre existirá un reducto de discrecionalidad en virtud de la textura abierta del lenguaje normativo (y en general, de todos los conceptos empíricos) En el segundo caso, siempre existirá la indeterminación propia de las definiciones ostensivas o paradigmáticas (3). Por otro lado, la distinción entre el aspecto interno y externo de las reglas jurídicas (4) puede ser usada también como un argumento contra la posibilidad de un análisis reduccionista del lenguaje jurídico: Para Hart, el uso primario del lengua-

---

(1) En este sentido, vid. el análisis de Hart de la noción "derecho subjetivo" en "Definición y Teoría...", op., cit., p. 117 y 118. Una matización posterior puede vid. en H.L.A. Hart. "Bentham on Legal Rights", Oxford. Essays in Jurisprudence (2 nd. series), ed. A.W.B. Simpson, p. 171-201, Clarendon Press, Oxford, 1973..

(2) C.D., op. cit., p. 155 y ss. Vid. ap. A.1.2.3.

(3) Como he señalado anteriormente, el argumento de la textura abierta del lenguaje se debe a F. Waismann, "Verifiability", A. Flew, ed. "Logical Language", 1st series, p. 117-144. Hart, por su parte, no añade nada nuevo al argumento general de Waismann, para el que la textura abierta de los conceptos empíricos se deduce de la no plenitud de las descripciones empíricas. Por otro lado, el argumento de las definiciones de casos paradigmáticos no añade mayor incertidumbre que las simples definiciones verbales.

(4) Vid. ap. A.3, B.1.1.5.2.2, B.2.6.

je jurídico consiste en enunciados internos -actitud crítica reflexiva - frente a ciertos modelos de comportamiento en tanto que pautas o criterios de conducta comunes, que implique una exigencia de conformidad y un reconocimiento y justificación de la crítica de las conductas desviantes, todo - ello expresado de forma característica con una terminología normativa-; un enunciado interno es una forma de expresión que manifiesta el punto de vista interno de una persona que expresa su aceptación de la regla social correspondiente. Como contrapartida, el aspecto externo de las reglas consiste en un comportamiento uniforme y regular observado por los miembros de - un grupo social y que es descrito por un observador externo (1). Por tan-to, ningún enunciado interno puede ser la consecuencia lógica de algún tipo de descripción "científica" externa del comportamiento de una persona o grupo social, por lo que el discurso jurídico no puede ser reducido a un tipo de discurso no-jurídico o fáctico.

Desde el punto de vista interno, las reglas desempeñan un rol funda-mental en determinados actos de habla, como son la crítica de determinados comportamientos, la exigencia de conformidad con respecto a las reglas, o el reconocimiento de la legitimidad de tal crítica y exigencia de otros - con respecto a uno mismo (2). La característica principal de estos actos - de habla consiste en que en su ejecución se usa la terminología normativa; por ello, será crucial para un correcto análisis de los conceptos jurídi-cos la elucidación de su rol en la ejecución de los distintos actos de habla. Así, la propia diferenciación entre los enunciados internos y exter-nos será explicada por Hart en términos de los diferentes actos de habla que son usadas para su ejecución. El uso interno, dirá Hart, "es el lenguaje de una persona que aprecia una situación por referencia a reglas que, - conjuntamente con otras personas, aquélla reconoce como apropiadas para -

---

(1) Sobre el punto de vista interno y externo, vid. Hart, "C.D.", op. cit. p. 69 y ss., 110 y ss., 122, 128-29, 130, 133-34, 143, 145-46, 249, - 306, 308-9.

(2) C.D. op. cit., p. 70.

ese propósito" (1). A diferencia de esta actitud de aceptación compartida de reglas, un enunciado externo es un simple enunciado de hecho enunciado por un observador externo que "registra 'ab extra' el hecho de que un grupo social acepta tales reglas sin aceptarlas por su parte". (2). Por tanto, la referencia a los actos de habla es esencial en el desarrollo que Hart concede a tal distinción. De este modo, puede decir Baker (3): "Since the distinction between internal and external statements is the linguistic reflection of the difference between the internal and external points of view, its dependence on speech-acts indirectly establishes the connection between the internal point of view and certain speech-acts".

Ahora bien, parece difícil combinar la tesis de que el significado está conectado con los actos de habla y la tesis de que el punto de vista interno es una cuestión de actitudes de las personas hacia las reglas. Porque, en definitiva, la distinción entre enunciados internos y externos es una distinción pragmática, no semántica. Desde un punto de vista semántico es perfectamente lógica la pronunciación de un enunciado interno sin una actitud de aceptación y compromiso. Como dice Baker, "its truth-value does not depend on the speaker's attitude" (4). Es incoherente sostener que el punto de vista interno es un elemento indispensable para el análisis de algunos conceptos jurídicos -punto de vista semántico- junto a la tesis que sostiene el carácter pragmático -actitudes de las personas hacia las reglas- del punto de vista interno. Es decir, si bien el punto de vista in-

---

(1) C.D., op. cit., p. 128. Por ejemplo, el enunciado "El Derecho dispone que..." puede ser usado no sólo por los jueces sino por todas las personas que viven bajo un mismo Ordenamiento Jurídico cuando identifican una determinada regla del Ordenamiento.

(2) C.D., op. cit., p. 128. Por ejemplo, el enunciado "En España reconocen como Derecho... las leyes aprobadas por las Cortes Generales y sancionadas y promulgadas por el Rey" es el lenguaje natural de un observador externo del sistema que, sin necesidad de aceptar su Regla de Reconocimiento, enuncia el hecho de que otros la aceptan.

(3) "Defeasibility...", op. cit., p. 41. El subrayado es mío.

(4) "Defeasibility...", op. cit., p. 42.

terno puede ser una herramienta muy útil en el análisis de los conceptos jurídicos, este criterio semántico no implica una conformidad pragmática correlativa de las actitudes hacia las reglas.

La noción de Hart de la "revocabilidad" de los conceptos jurídicos - que expresa su carácter irreductible- es muy fructífera y sugestiva. Sin embargo, su inclusión en una teoría semántica que implique una concepción del significado como conjunto de condiciones verdaderas presenta numerosas dificultades. En realidad, su peculiar análisis de los conceptos jurídicos y la determinación de su carácter "excluyente" exige la construcción de una teoría semántica acorde con los dos principios antes señalados (1).

---

(1) Un intento de construcción, desde el análisis de Hart., de una nueva - Teoría del significado puede ver. en el citado artículo de Baker, p. - 44-57.



### A.3. Filosofía y Metodología de las Ciencias Sociales.

#### A.3.1. Introducción. Tradición galileana y aristotélica.

Los problemas que conciernen a la investigación científica -descrip-  
-ción y descubrimiento de hechos, construcción de hipótesis y teorías para  
predecir la ocurrencia de acontecimientos o de resultados experimentales  
o para explicar o hacer inteligibles hechos ya registrados- pueden ser -  
contemplados, a la luz de la historia del pensamiento científico, desde -  
dos tradiciones importantes que difieren en el planteamiento de las condi-  
ciones a satisfacer por una explicación científicamente respetable (1): -  
por una lado, la tradición aristotélica; por otro, la tradición galileana.  
Desde el punto de la explicación científica, ambas tradiciones han sido -  
caracterizadas en los términos de explicación causal (o mecanicista) ver -  
sus explicación teleológica (o finalista), correspondiendo, como es evi-  
dente, el primer término a la tradición galileana y el segundo a la tradi-  
ción aristotélica.

Sentadas las bases intelectuales de las Ciencias Naturales -siglos -  
XVI y XVII-, y una vez desarrollados los estudios humanísticos con preten-  
siones científicas, una de las principales cuestiones de la metodología y  
de la filosofía de la ciencia del siglo XIX consistió, precisamente, en -  
las relaciones existentes entre estas dos importantes ramas de la investi-  
gación empírica; este tipo de discusiones pueden ser enmarcadas en una u  
otras de las dos importantes tradiciones del pensamiento metodológico que  
se ha distinguido. (2)

A) En primer lugar, la filosofía de la ciencia típicamente re-  
presentada por Auguste Comte y John Stuart Mill, es decir, el positivismo  
que, habiendo partido de Hume y la filosofía de la Ilustración, ha llega-  
do a nuestros días (3). Un resumen de sus principales tesis podría ser -

---

(1) El planteamiento y desarrollo de esta introducción, que considera in-  
teressante para situar la obra de Hart en un contexto metodológico ge-  
neral se basa en el libro cit. de Georg Henrik von Wright. "Explica-  
ción y comprensión", especialmente p. 17-56.

(2) Vid. von Wright, op. cit., p. 20 y ss.

(3) A Comte, "Cours de philosophie positive", 6 vols. 1830-1842 (ed. crí-  
tica por Michel Serres, 1975) y J.S. Mill, "A System of Logic", op. -

formulado del siguiente modo:

1. El monismo metodológico, es decir, la idea de la unidad del método científico por diversos que sean los objetos temáticos de la investigación científica.

2. La consideración de que las ciencias naturales exactas, en particular la física matemática, establecen un canon o paradigma metodológico que mide el grado de desarrollo y perfección de todas las demás ciencias, incluidas las ciencias humanas.

3. La consideración de la explicación científica como explicación causal, es decir, como subsunción de casos individuales bajo leyes generales de la naturaleza, incluida la "naturaleza humana", y, por tanto, el rechazo de las explicaciones finalistas, es decir, las explicaciones que tratan de dar razón de los hechos en términos de intenciones, fines y propósitos.

B) En segundo lugar, el otro paradigma sobre las relaciones entre las ciencias naturales y las ciencias humanas fue una reacción contra el positivismo, constituyéndose en una tendencia mucho más diversificada y heterogénea que el positivismo. El profesor von Wright prefiere utilizar el nombre de hermeneútica al de "idealismo" (1). Sus tesis principales pueden ser resumidas así:

1. Rechazo del monismo metodológico del positivismo.

2. Rechazo de tomar el patrón establecido por las ciencias naturales exactas con ideal regulador y único de la comprensión racional de la realidad. Diferenciación entre las ciencias que aspiran a generalizaciones sobre fenómenos reproducidos y reproducibles -física, química- y las ciencias que buscan comprender las peculiaridades individuales y únicas de sus objetos (2).

---

cont.- cit. (hay trad. cast. de E. Ovejero y Maury, Madrid, Daniel Jarro, 1917). Una sucinta visión histórica de la filosofía positivista puede verse en Leszek Kolakowski, "Die Philosophie des Positivismus", Panstwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa, 1966 (hay trad. cast. de G. Ruiz-Ramón, "La filosofía positivista", Ed. Cátedra, Madrid, 1979).

(1) Von Wright, op. cit. p. 23. Representantes de esta tendencia podrían ser Droysen, Dilthey, Simmel, Max Weber, Windelband, Rickert, Croce, Collingwood.

3. Impugnación del enfoque positivista de la explicación, y diferenciación conceptual entre explicación ("Erklären") y comprensión ("Verstehen") (1). La comprensión se encuentra vinculada con la noción de intencionalidad, dimensión semántica que juega un papel relevante en la discusión metodológica más reciente.

Hemos visto cómo al apogeo del positivismo -mediados del siglo XIX- sucedió una reacción y crítica antipositivista hacia final de siglo y comienzos del XX. Sin embargo, en el período comprendido entre las dos guerras mundiales, el positivismo resurgió con mucha fuerza, llamándose a este movimiento neopositivismo, positivismo lógico o empirismo lógico, debido a las nuevas e importantes desarrollos de la lógica formal. El positivismo lógico de los años 20 y 30 fue el principal -aunque no el único- movimiento intelectual que nutrió la más amplia corriente de pensamiento de la filosofía analítica. Como dice von Wright: "Sería totalmente erróneo -considerar que la filosofía analítica en su conjunto representa una rama del positivismo. Pero es acertado reconocer que las contribuciones de la filosofía analítica a la metodología y a la filosofía de la ciencia se han mantenido hasta hace bien poco predominantemente fieles al espíritu -positivista, si por "positivismo" se entiende una filosofía partidaria -del monismo metodológico, de ideales matemáticos de perfección y de una -

---

cont.- Por ejemplo, vid. la distinción entre ciencias nomotéticas e idio-  
(2) gráficas en W. Windelband, "Geschichte und Naturwissenschaft" (1894) - ("Historia y ciencia natural"), incluido en sus "Preludien. Aufsätze und Reden zur Einführung in die Philosophie", 1ª ed. 1884, 9ª. ed. 2 vols. 1924 (hay trad. cast. de W. Roces, Buenos Aires, 1949, vid. p. 317).

- (1) Aunque esta diferenciación metodológica se ha atribuido algunas veces al filósofo e historiador alemán Broysen, no cabe duda que su desarrollo sistemático se debe a Dilthey. Para una historia del concepto de "comprensión", Vid. K.O. Apel, "Das "Verstehen", Eine Problemgeschichte als Begriffsgeschichte", Archiv für Begriffsgeschichte, nº 1, 1955, p. 142-199. El posible carácter psicológico de la "comprensión" fue subrayado sobre todo por Simmel ("Die Probleme der Geschichtsphilosophie", 1892, - hay trad. Buenos Aires, Nova, 1950) para el que este concepto, como método característico de las humanidades, es una forma de "empatía" (Einfühlung) o recreación en la mente del estudioso de la atmósfera espiritual, pensamientos, sentimientos y motivos de sus objetos de estudio.

perspectiva teórico-subsuntiva de la explicación científica" (1).

Desde el punto de vista de la metodología de la ciencia, y como ejemplo de las dos tradiciones antes mencionadas, creo interesante resumir dos tipos de paradigmas explicativos, siempre con la finalidad de situar histórica y conceptualmente la ruptura del monismo metodológico anglosajón llevada a cabo por Hart.

El primer modelo se debe a Carl Gustav Hempel (2): la teoría hempeliana de la explicación ha venido a conocerse por modelo o teoría de "cobertura legal" ("covering law model") o teoría de la explicación por subsunción ("subsumption theory of explanation") que tiene, a su vez, dos submodelos, a saber, el modelo nomológico-deductivo y el probabilístico-inductivo. El primer submodelo—que, al fin y al cabo, es el que a nosotros nos interesa—es resumido por von Wright del siguiente modo: "Sea E un acontecimiento cuya ocurrencia en alguna ocasión es conocida y se ve precisada de explicación. ¿Por qué ha ocurrido E?. Con vistas a responder a esta cuestión indicamos algún otro acontecimiento o estado de cosas determinado E1,..... Em, y apuntamos una o varias proposiciones generales o leyes La..., Ln., tales que la ocurrencia de E (en el momento considerado) se sigue lógicamente de esas leyes y del hecho de que aquellos otros acontecimientos (estados de cosas) haya ocurrido (se hayan dado).

E, en la descripción esquemática precedente del modelo nomológico-deductivo de Hempel, representa el explanandum o explicandum. También llamaré a E objeto de la explicación. Llamaré a E1,..., Em explanans o explicatum. También puede considerarse base de la explicación, La,... Ln. son las

- 
- (1) "Explicación y comprensión", op. cit., p. 28. Como hemos señalado anteriormente, hay una bifurcación de la filosofía analítica en dos importantes subcorrientes: por un lado, la filosofía del lenguaje ordinario—última filosofía de Wittgenstein y Oxford de los años 50—hostil al positivismo e interés relativamente escaso por la filosofía de la ciencia (aquí se enmarca la obra de Hart); por otro, el neopositivismo del Círculo de Viena—heredero del atomismo lógico de Russell y del primer Wittgenstein.
- (2) Puede verse: "Aspects of Scientific Explanation and Other Essays in the Philosophy of Science", Nueva York, The Free Press, 1965 y "Philosophy of Natural Sciences", Prentice-Hall, 1966 (hay trad. cast. de A. Deaño, "Filosofía de la Ciencia Natural", Madrid, Alianza, Ed. 1973).

leyes de cobertura bajo las que la explicación subsume tanto el "expla - nans" como el "explanandum" (1) .

El modelo nomológico-deductivo de Hempel plantea numerosos proble - mas metodológicos que, obviamente, no pueden ser discutidos aquí. (2).

El segundo modelo que quiero subrayar es la "explicación racional" de William Dray (3): la crítica de Dray de la función de las leyes genera les en la explicación histórica le lleva a una recusación completa del mo delo de cobertura legal imperante en la filosofía positivista de la cien cia; del mismo modo Dray insiste en el carácter "sui generis" de los mode los explicativos de la acción humana. Para Dray, explicar una acción es - mostrar que esa acción fue el proceder adecuado o racional en la ocasión considerada. Este modelo de explicación se asemeja a ideas tradicionales sobre la función metodológica de la empatía y de la comprensión. En este sentido es importante citar el libro de G.E.M. Anscombe, "Intention" (4), quien contribuyó a que se centrara en la noción de intencionalidad la dis cusión subsiguiente de la filosofía de la acción entre los filósofos ana líticos (5), subrayando al mismo tiempo, la importancia del razonamiento

---

(1) "Explicación y comprensión", op. cit. p. 31.

(2) Recomiendo "Explicación y comprensión", op. cit., p. 31-45 y 57-107, así como la bibliografía citada.

(3) Vid. "Philosophical Analysis and History" (H. R.), 1966; "Philosophy of History", "Prentice-Hall, 1964. El primer libro donde expone este modelo es "Law and Explanation in History", Oxford University Press. 1957.

(4) 1ª ed. 1957, 2ª ed. 1963, Blackwell, Oxford, Un mérito similar puede - concederse al libro de Stuart Hampshire. "Thought and Action", Lon - dres, Chatto and Windus, 1959. No es casualidad el hecho de que H.L.A. Hart, durante la segunda guerra mundial compartiera el Departamento - de Inteligencia con G. Ryle y S. Hampshire, con quien tuvo ocasión de trabar una amistad personal e intelectual. Fruto de ello puede citar - se el artículo de S. Hampshire y H.L.A. Hart "Decision, Intention and Certainty", op. cit.

(5) Vid. ap. A.2. Para Miss Anscombe, una conducta que es intencional se - gún una descripción puede dejar de serlo a tenor de otra. También sub - raya la intención sobre el peculiar carácter lógico del razonamiento - conocido en la terminología tradicional por el nombre de silogismo - práctico (Aristóteles): éste no es una forma de demostración, constitu - yéndose en un razonamiento de tipo diferente al de la prueba silogísti - ca.

práctico para la explicación y comprensión de la acción. Precisamente, para von Wright, "el silogismo práctico provee a las ciencias del hombre de algo durante mucho tiempo ausente de su metodología: un modelo explicativo legítimo por sí mismo, que constituye una alternativa definida al modo de cobertura legal teórico-subsuntiva" (1).

Junto a los trabajos de Anscombe y Dray -que influyeron decisivamente en el interés de la filosofía analítica por el concepto de acción y - por las formas de discurso práctico- es importante tener en cuenta la obra de Peter Winch, "The Idea of a Social Science" (2), quien ha sostenido en la filosofía analítica de las ciencias sociales una posición similar a la mantenida por Dray en la filosofía analítica de la historia: su crítica - consiste en un ataque al positivismo y una defensa de la comprensión de - los fenómenos sociales mediante una metodología radicalmente diferente de la empleada en las ciencias naturales. Como ha dicho von Wright, "tradi - ción latente en la obra de Winch es, en parte, la metodología "comprensiva" de Max Weber y, en parte, la tendencia hegeliana representada en In - glaterra por Collingwood y Oakeshott. Con todo, la influencia mayor procede del último Wittgenstein (3). La tesis principal de Winch se centra en la cuestión acerca de los criterios de la conducta o acción social. Para Winch el científico social debe comprender el "significado" de los datos del comportamiento que registra si quiere estudiarlos como hechos socia - les; esto se lleva a cabo mediante la descripción interpretativa de los - datos en términos de conceptos y reglas que determinan la realidad social" de los agentes estudiados. La descripción y explicación de la conducta social debe servirse del mismo lenguaje conceptual que el empleado por los propios agentes sociales, de forma que el científico social no puede permanecer distanciado de su objeto de estudio -a diferencia del científico natural-. Refiriéndose a Winch, dirá von Wright: "La comprensión empática no es un 'sentimiento'; es una aptitud para participar en una "forma de vida". (4).

---

(1) "Explicación y comprensión", op. cit., p. 49.

(2) op. cit.

(3) "Explicación y comprensión", op. cit., p. 50.

(4) "Explicación y comprensión", op. cit., p. 51. En los siguientes apartados tendremos ocasión de analizar más detenidamente las tesis de Winch en relación con la obra de Hart. No quiero acabar aquí sin dejar constancia -aunque tan sólo sea apuntada- de la estrecha conexión en -

A.3.2. Descripción y explicación de los fenómenos sociales como explicación y comprensión de sus reglas internas.

El punto de partida a partir del cual desarrolla Hart su idea general de obligación es el carácter limitado, obligatorio y no optativo de la conducta humana cuando está regulada por el Derecho, es decir, cuando está limitada de alguna forma por la existencia de reglas jurídicas. Hart establece una distinción importante entre dos tipos de enunciados: por un lado, -decimos, por ejemplo, que un sujeto A "se vió obligado" a llevar a cabo de terminada acción X ante las amenazas de otro sujeto B; se trata de una información acerca de las creencias y motivos que acompañan a una acción, es decir, un enunciado psicológico (1); por otro lado, el enunciado de que A.

---

cont.- tre la filosofía analítica de finales de los años 50 y la filosofía hermeneútica de los sesenta (vid. H.G. Gadamer "Wahrheit und Methode. - Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik", 1960 - hay trad. cast. - "Verdad y Método" de A. Agud y R. de Agapito. Salamanca. Ed. Sígueme, 1977). Tanto el lugar central que la hermeneútica asigna al lenguaje y a las nociones de orientación lingüística como significado, intencionalidad, interpretación y comprensión, como su preocupación por la metodología y la filosofía de la ciencia -asignando un carácter 'sui generis', a los métodos interpretativos y comprensivos de las 'Geisteswissenschaften'-, hace que su diálogo con la filosofía analítica sea -fructífero. Un ejemplo de ello puede vid. en K.O. Apel, "Analytical Philosophy of Language & the Geisteswissenschaften, Foundations of Language Suppl. Series, Reidel, 1967 y "Transformation der Philosophie", 2 vols., Frankfurt Main, 1973. Desde otro punto de vista, la teoría crítica de Frankfurt también muestra una posibilidad de afinidad con la filosofía analítica del lenguaje. Vid. Jürgen Habermas, "Zur Logik - der Sozialwissenschaften", "Frankfurt Main, 1970. Los temas aquí apuntados se escapan de mi modesto propósito en esta introducción; pero no - por ello dejaré de citar a Javier Muguerza, quien ha sido el que ha planteado en nuestro país este posible e interesante diálogo. Vid. "Explendor y miseria", op. cit., y los ensayos de "La razón sin esperanza", Taurus, Madrid, 1977; vid. también A. Giddens, "New Rules of Sociological Method", Hutchinson University Library, Londres, 1976, esp. p. 54-74. En este sentido, vid. R.J. Bernstein, "The Restructuring of Social and Political Theory", Basil Blackwell, Oxford, 1976.

- (1) C.D. op. cit., p. 104. En este sentido, es muy interesante el intento de racionalización objetiva de las creencias e intenciones que lleva a cabo S. Giner en "Intenciones humanas y estructuras sociales: aproximación crítica a la lógica situacional", Cuadernos Económicos ICE. nº 3-4, Madrid, 1977; el profesor Giner, desde un rechazo del holismo e individualismo -ontológicos y metodológicos-, identifica la realidad humana como un campo de acción (interacción, lenguaje, subordinación..), como un lugar donde se estructuran las intenciones mediante un proceso de reificación.

"tenía la obligación de hacer X", es una proposición muy diferente a la anterior. Su dimensión semántica y pragmática es distinta: para afirmar - este segundo enunciado, no son suficientes las referencias a las creen-  
cias y los motivos, ni tampoco nos sirve una interpretación predictiva - es decir, la explicación de la obligación en términos de probabilidad o riesgo de sufrir un mal en caso de no cumplirla-. (1)

Hart opina que una conexión normativa -no en el sentido de Kelsen, sino presuponiendo una aceptación social de las reglas que entran en juego- es el concepto que puede describir de un modo más correcto este tipo de situaciones sociales.

La idea de un comportamiento sometido a reglas ha sido discutido en el contexto de una reflexión generalizada sobre la objetividad de las creencias sociales. En principio, se podría decir que los críticos escépticos del status de las ciencias humanas y sociales podrían ser mejores - defensores de esta idea. Y es que, o bien se dice por estos autores que - los fenómenos sociales son demasiados complejos para ser estudiados científicamente -la ciencia, según esta versión, sería incapaz de captar la - realidad-, o bien que la metodología de las ciencias sociales debe ser - radicalmente distinta del modelo aportado por otras ciencias. Es decir, - como ha señalado R.S. Rudner (2), estas concepciones implican una idea de la ciencia cuya función consistiría en "reproducir" la realidad de forma - literal, cayendo en lo que el propio Rudner ha denominado -siguiendo la tradición analítico-bautismal de las falacias- la "falacia reproductiva", cuyo error se basaría en una confusión entre la descripción y lo que es - descrito. Sin embargo, la obra citada de P. Winch -verdadero eje de esta polémica- representa un inteligente análisis de las propuestas criticadas

---

(1) El modelo predictivo de la obligación jurídica, formulado por Bentham desarrollado por J. Austin y con gran aceptación en el realismo jurídico norteamericano, establece una conexión predictiva entre las acciones humanas y la sanción establecida por los funcionarios. Este tema será tratado en sus ap. correspondientes; por ejemplo, A.4.3.2.3., B.2.5 y B.2.4.

(2) R.S. Rudner, "Philosophy of Social Sciences", Prentice-Hall Inc. Londres, 1966 (hay trad. cast. en Alianza Ed., versión de Dolores Cano, "Filosofía de la Ciencia Social", Madrid, 1973, edición por donde cito, p. 110 y 111).



por Rudner, quien, haciendo referencia al libro de Winch, dice: "su sentido es que debido a que los fenómenos sociales -por ej. el comportamiento social- están gobernados por reglas, el tipo de conocimiento apropiado para la investigación social sólo se puede conseguir 'aprendiendo las reglas'. Pero, a su vez, aprender las reglas implica conocer los fenómenos desde -"dentro", es decir, tener las experiencias de comportarse de acuerdo con dichas reglas" (1).

Esta tesis habría que conectarla con la afirmación de que las actividades y los fenómenos sociales tienen una significación o sentido cuyo método de validación de sus hipótesis sería la comprensión "empática" del -investigador (acto imaginativo consistente en "ponerse uno en lugar de") Ahora bien, como observa Rudner, ¿qué posibilidad tiene el defensor de la 'empatía' de comprobar si el estado empático es verídico (es decir, fiable)? (2). Rudner no ve ninguna razón para que en el contexto de justificación o validación de una teoría social nos neguemos a emplear el método científico hipotético-deductivo, teniendo en cuenta que la validación científica de las hipótesis relevantes necesitaría, tan sólo, que algún estado de cosas observable sea una concomitante probable del fenómeno valorativo en cuestión, y no que un estado de cosas observable se articule como condición necesaria y suficiente. Incluso, se podría sostener que la propia validación de hipótesis por medio de la empatía implica la existencia de otros medios independiente de validación de sus propias hipótesis.

Winch sostiene que el concepto de fenómeno social debe ser coextensivo con el de acto significativo en su sentido semántico y no valorativo, igualando comportamiento significativo con comportamiento gobernado por -las reglas, y no como conducta causalmente regular. Así dirá: "su conducta pertenece a esa categoría -la de observancia de las reglas- sólo si -existe la posibilidad de que algún otro comprenda lo que está haciendo colocándose asimismo hipotéticamente en la situación de cumplirlas" (3)... el análisis de la conducta significativa debe asignar un papel fundamental a la noción de regla; que toda conducta significativa -y por lo tanto, toda conducta específicamente humana- está ipsofacto regida por reglas"(4).

---

(1) "Filosofía de la Ciencia Social", op. cit., p. 112.

(2) "Filosofía de la Ciencia Social", op. cit., p. 116.

(3) "Ciencia Social y Filosofía", op. cit. p. 34.

(4) "Ciencia Social y Filosofía", op. cit., p. 51. En otro lugar de la mis

Seguir una regla es comprometerse con algún otro acto que la regla prevee y cuya no realización constituirá una violación de la misma: "... la no -ción de seguir una regla es lógicamente inseparable de la noción de cometer un error" (1). Es decir, sabemos lo que significa seguir una regla -comprendemos los fenómenos sociales- si sabemos en qué consistirá su violación mediante juicios sobre la corrección e incorrección del acto en cuestión. (2). Por tanto, para comprender los fenómenos significativos, -el método apropiado es el análisis filosófico-aprendizaje de las reglas relevantes- y la metodología nomológico-deductiva. La comprensión implica que el observador adopte un punto de vista interno sobre el fenómeno a explicar, que tenga ciertas experiencias directas del tema que está siendo "comprendido" (3)

Para Winch, la actividad filosófica implica un estudio de la naturaleza del conocimiento que el hombre tiene de la realidad y de la diferencia que implica para la vida humana la posibilidad de dicho conocimiento; es decir, el análisis epistemológico de la comprensión que el hombre tiene de la realidad contribuye a aclarar la naturaleza de la sociedad humana y de las relaciones sociales entre los hombres. Y, precisamente, uno -

---

cont.- ma obra dice Winch: "¿qué implica que una palabra tenga un significado?, lleva a la pregunta, ¿qué implica que alguien siga una regla?" (p. 32).

(1) "Ciencia Social y Filosofía", op. cit., p. 35.

(2) En este sentido, es interesante ver las observaciones de J. Hierro S. Pescador sobre el conocimiento de las reglas del lenguaje en su libro "La teoría de las ideas innatas en Chomsky", ed. Labor, Barcelona, - 1976, Junto a la afirmación de la posibilidad del conocimiento inconsciente de las reglas defendida por Chomsky, se puede hablar de una capacidad de reconocimiento. El profesor Hierro, citando a R. Schwartz, dice que "el conocimiento de las reglas del lenguaje se podría construir como equivalente a un conocimiento de que ciertas oraciones son admisibles y de que ciertas otras no lo son" (op. cit., p. 29). Hierro habla de la presuposición de valoraciones al conocer las reglas propias de los usos sociales. Para ello, es muy clarificador su artículo "Normas y valoraciones", en "Teoría y Sociedad", ed. Ariel, Barcelona, 1970.

(3) Rudner criticará esta concepción por considerarla inmersa en el error antes explicado de la "falacia reproductiva" para acabar diciendo: "la cuestión es que nada en absoluto implica en semejante concesión que estas comprensiones directas sean las únicas posibles para un científico social, o que sean un sustitutivo para una comprensión científica de los fenómenos sociales" (op. cit. p. 130).

de los conceptos que clarifican algunos de los problemas epistemológicos que se pueden plantear, es el formulado como "seguir una regla". (1)

Para Alan Ryan, "lo que defiende Winch es que las conexiones que se sostienen entre las acciones son conexiones conceptuales, y que la terminología que empleamos para hablar de nuestras acciones es indispensable para nuestra identificación de las acciones como acciones, no como nuevos acontecimientos corporales, sino como sucesos psicológicos" . . . . Es decir, se rechaza una categorización de los fenómenos sociales en causas y efectos, defendiendo el carácter significativo de nuestras acciones guiadas por reglas, cuyas conexiones son conexiones conceptuales. Ahora bien, si no podemos analizar el significado de las acciones humanas en términos causales, sino por referencia a reglas, habría que decir que estas reglas son necesariamente sociales, inter-subjetivas, públicas, incorporadas a la conducta de los sujetos a fin de que resulten inteligibles. Por tanto, a) la corrección o incorrección de las acciones se determina en función de las reglas y b) estas reglas sólo pueden existir en un contexto social.

Hart se preocupa de diferenciar el concepto de "regla" del concepto de "hábito"(2); la distinción es importante: un hábito simplemente implica una convergencia de hecho en determinadas conductas, mientras que para la existencia de una regla las conductas desviadas con respecto a ella son susceptibles de crítica: "las desviaciones respecto del modelo o pauta son aceptadas generalmente como una buena razón para formularla" (3). Ahora bien, la diferencia esencial entre hábitos y reglas, la constituye en la terminología de Hart, el "aspecto interno de las reglas": para que exista una regla social, "por lo menos algunos tienen que ver en la conducta de que se trata una pauta o criterio general de comportamiento a ser seguido por el grupo como un todo. Además del aspecto externo que comparte con un

---

(1) Alan Ryan, "The Philosophy of the Social Sciences", Macmillan, Londres 1970 (hay trad. cast. de R. Martín López, con introducción, "Metodología de las Ciencias Sociales", Euramerica, Madrid, 1973, edición por donde cito, p. 151).

(2) Hart, C.D., op. cit., p. 70. Vid. también, "Ciencia Social y Filosofía", op. cit., p. 56-61. Vid. también ap. B.1.1.5.2.2.

(3) C.D., op. cit., p. 70.

hábito social y que consiste en la conducta regular uniforme que un observador puede registrar, toda regla social tiene un aspecto interno" (1).

La relación entre el aspecto interno, interiorización de las reglas y el aspecto externo de la conducta, convergencia de regularidades, nos lleva a consideraciones generales sobre el tipo de comprensión apropiado a la teoría social, que supone, si aceptamos la distinción teórica sobre el aspecto interno de las conductas, una reflexión filosófica más que un conocimiento científico de las posibles conexiones causales; como dice Ryan, "no pareceremos estar dispuestos a pararnos tras el descubrimiento de regularidades, sino que proseguimos para descubrir el "sentido" oculto que tenga la acción". (2). Según este punto de vista, las regularidades que descubrimos inicialmente, son tan sólo la apariencia externa de lo que podemos comprender desde un punto de vista interno.

---

(1) C.D., op. cit., p. 71. Es curioso observar cómo desde el punto de vista de la filosofía hermeneútica, el profesor Gil-Cremades, al referirse a una "teoría consensual de la verdad" -como consenso alcanzado dentro de un contexto social-, señala que una de las raíces intelectuales de este empeño es el concepto de "juego lingüístico", formulado por el último Wittgenstein, concepto que viene a explicar el significado como usos del lenguaje sometido a reglas, reglas que no pueden ser explicadas fuera de un contexto social: "para Wittgenstein tiene sentido preguntarse por los motivos, por la legitimidad de las reglas sólo y cuando se participe en el juego, sólo dentro del juego". Pues bien, el aspecto interno-externo de las reglas en Hart, corresponde -señala Gil-Cremades- a la dialéctica "dentro-fuera". Mientras que -desde el punto de vista externo tan sólo se pueden constatar regularidades (hábitos), desde el punto de vista interno se comprende "el sentido del acontecimiento". Vid. "Razón práctica y razón jurídica", Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Granada, 1977, p. 19.

(2) "Metodología de las Ciencias Sociales", op. cit. p. 160. La mayoría de los antropólogos sociales investiga las regularidades -como evidencia de la existencia de reglas subyacentes a ellas. No sólo se investigan las regularidades de las conductas de los miembros de una sociedad determinada, sino las creencias de aquellas personas sobre los mismos hechos.

Por ejemplo, si analizamos el concepto social de obligación (1), se podría diferenciar claramente entre un análisis predictivo (2) y un análisis formulado en términos del aspecto "interno y "externo" de las reglas. El primer análisis puede ser realizado por un simple observador que no acepta las reglas. El segundo, por un miembro del grupo que las acepta y las usa como guía de conducta. Aunque el primer observador puede describir las conductas de los miembros del grupo social desde el punto de vista interno, sin aceptar él mismo las reglas, también puede hacerlo sin referirse al punto de vista interno del grupo: "su descripción será en términos de regularidades de conductas observables, predicciones, probabilidades y signos" (3). Este observador no verá una importante dimensión social de aquellos a quienes observa. El punto de vista externo no explica el funcionamiento de las reglas en la vida de los miembros del grupo que constituyen una mayoría; como dice Hart, "para ellos, la violación de una regla no es simplemente una base para la predicción de que sobrevendrá cierta reacción hostil, sino una razón para esa hostilidad" (4).

---

(1) Vid. ap. B.2.5.

(2) Sobre los análisis predictivos del concepto de obligación, vid. J. Austin, "The Province of Jurisprudence Determined", conf. I, p. 15-24. - (ed. Hart, Londres, 1954); J. Bentham, "Fragmento sobre el gobierno", op. cit., cap. V, para 6, p. 126. Las críticas a esta concepción han sido numerosas, ya sea desde el normativismo crítico como desde el realismo jurídico escandinavo, aunque la finalidad de las dos críticas es muy diferente. Un resumen de la crítica de Hart se puede encontrar en la voz "deber" de la Enciclopedia de las Ciencias Sociales (International Encyclopedia of Social Sciences, ed. David L. Stills, vol. 4., p. 320-23. Macmillan and Free Press, Nueva York, 1968), que podríamos resumir del siguiente modo:

1) la información de que A tiene el deber jurídico de llevar a cabo X no es contradictoria con la afirmación de que no es probable el castigo por parte de los funcionarios en caso de no ejecutar la acción.

2) no existe redundancia entre estos dos enunciados: A tiene el deber jurídico de realizar X y A probablemente será sancionado por el poder público al no hacer X (no significa lo mismo).

3) el análisis de Bentham no determina la condición necesaria y suficiente para admitir la verdad o falsedad de si A tiene el deber jurídico de hacer X.

Una moderna versión del análisis predictivo puede verse en G. Gavazzi, "In difesa (parziale) di una concezione predittiva dell'obbligo giuridico", Rivista di Filosofia, vol. LXVII, n° 2, Turin, 1966, p. 165-174. En el mismo número de esta revista, vid. H.L.A. Hart, "Il concetto di obbligo", p. 125-140, donde se lleva a cabo un análisis crítico de la concepción predictiva.

(3) C.D., op. cit., p. 111.

Dentro del contexto de la filosofía analítica se suele citar el ejemplo que propone Hart sobre la conducta ante las señales de un semáforo (1). La conexión entre la luz roja de un semáforo y el frenazo de los coches, no sería simplemente una conexión causal, sino una conexión conceptual: una luz roja significa "deténgase". Es decir, la secuencia conceptual de lo que es guiado por reglas sería el contenido de la se - cuencia causal de regularidades. Así, dice Ryan: "por tanto, podemos con cluir que la comprensión de la conducta humana -tanto 'individual' como 'social'- como guiada por reglas, nos da una penetración que sería inutilizable en donde los sucesos considerados mostrasen solamente secuencias regulares" (2). Mientras que las generalizaciones causales sólo tienen - que predecir qué sucederá y qué no sucederá bajo condiciones particulares -y, por tanto, las irregularidades serían contraejemplos falseados a las leyes causales-, las reglas son seguidas o infringidas por quienes tienen conocimiento de ellas y modelan su conducta por ellas, complicándolas o - intentando evitar su cumplimiento (3). El investigador social no impone

---

cont.- C.O. op. cit., p. 111. En este sentido el prof. Hierro ("Problemas (4) del análisis del lenguaje moral", Tecnos, Madrid, 1970, p. 131 y ss.) crítica el intento de derivación de Searle de deducción de un juicio prescriptivo a partir de un juicio descriptivo; Hierro acaba diciendo (p. 144-145): "La importancia de este orden de problemas proviene de que se pone en él de manifiesto uno de los rasgos más característicos de la ética, a saber: cuando quiera que se habla de una institución de carácter normativo, las consecuencias son distintas según que se hable desde dentro, es decir, presuponiendo su aceptación, o desde fuera, esto es, independientemente de dicha aceptación. En el primer caso se recomiendan normas de conducta y se hace ética normativa; en el segundo, se describen hechos o situaciones y se hace ética descriptiva". El intento de Hart consistirá en formular un discurso interno como método de descripción social (vid. sig. ap.).

(1) C.O., op. cit. p. 112.

(2) "Metodología de las Ciencias Sociales", op. cit. p. 162.

(3) Esto plantea serios problemas para la teoría social. Mientras que en las ciencias naturales el científico se "socializa" al aceptar las - reglas de la comunidad -aprender los paradigmas es aprender las re - reglas de la vida científica- el científico social, aparte de este común proceso de socialización, recibe otro, según las reglas de la co munidad que esté estudiando. Resumimos las consecuencias que señala Ryan (p. 166): 1) la conducta de un sujeto en un contexto social tiene que explicarse por medio de los conceptos de su propia conducta - que utilizan los actores; 2) los conceptos que tienen los actores son espejo de las reglas que modelan sus vidas en sociedad; 3) la tarea de las ciencias sociales consiste en reflexionar sobre los conceptos con los cuales hacemos inteligible la vida social.

sus criterios al modo de la "Verstehen" clásica, sino que descubre la lógica del orden social en cuestión, definida por sus propios criterios.(1)

Si bien la tesis de Winch implica la obligación de emplear los criterios de los propios actores cuando identificamos y explicamos los fenómenos sociales (2), no estamos obligados a detenernos en el nivel de comprensión de los propios actores, aunque, claro está, si sería conveniente que nuestros estudios sobre los fenómenos sociales estuviesen vinculados a la cultura de cada grupo social. El ejemplo que propone Ryan es muy interesante (3): si sometemos a consideración un delito en el que el delincuente es detenido, procesado, juzgado y condenado, la explicaremos, en principio, como una secuencia causal en la que el primero de los sucesos explica el último. Pero también existe una interdependencia lógica entre los sucesos, es decir, están vinculados conceptualmente; así, el concepto de castigo implica lógicamente el concepto de delito. Al explicar la conducta del delincuente elaboramos un esquema conceptual compartido, que no disminuye, claro está, la investigación sobre hechos en las ciencias sociales (en este caso, por ej, el modo de organización de las sanciones del sistema jurídico, las funciones de sus órganos judiciales, etc.).

Winch ha sido considerado como uno de los primeros filósofos que ha explorado las implicaciones del análisis del lenguaje -especialmente - las investigaciones del último Wittgenstein- en el ámbito de la metodología de las ciencias sociales.(4). Lo que ha querido demostrar Winch es que

- 
- (1) Sobre la idea de la "Verstehen" como algo más que un simple recurso heurístico, vid. A. Ryan, "The Philosophy of Social Explanation", Oxford, Univ. Press, 1973, (hay trad. cast. de C. Haydee, "La Filosofía de la Explicación Social"; F.C.E., México, 1976, p.16).
  - (2) En una posición contraria, vid. "Malinowski, "The Sexual Life of Savages on Northwestern Melanesia", Routledge & Kegan Paul, Londres, 1932, p. 425 y ss. Malinowsky diferencia las normas reconocidas en una sociedad determinada y el comportamiento fáctico de los individuos de dicha sociedad, aparte de su utilización de nociones causalistas como - 'mecanismo' o 'función'; una defensa de Malinowsky en contra de Winch puede. vid. A Macintyre, "La idea de una ciencia social", en "La Filosofía de la Explicación Social, op. cit., p. 27 y ss.
  - (3) "Metodología de las Ciencias Sociales", op. cit. p. 179.
  - (4) Así, dirá Bernstein: "Winch was among the first philosophers to show the relevance of linguistic investigations for an understanding of - 'the concept of social', and for criticizing the understanding of social knowledge as natural scientific knowledge". "The Restructuring."

la idea de una ciencia social basada en el modelo metodológico de las ciencias naturales constituye un error basado en confusiones de tipo conceptual (1). Recapitulando, podríamos resumir las tesis de Winch del siguiente modo:

1) Winch subraya la noción de Wittgenstein de una forma de vida y del comportamiento que sigue las reglas sociales como factor diferenciador del simple comportamiento físico.

2). Las formas de vida implican comportamientos que están sometidos y que siguen reglas. La noción de seguir una regla presupone convenciones intersubjetivas y acuerdos, es decir, comportamientos sociales.

3) Todos los comportamientos sociales implican la aceptación y el seguimiento de reglas. Los conceptos de una "forma de vida" y de "comportamiento sometido a reglas" clarifica la noción de Weber de "comportamiento significativo".

4) El lenguaje, las "ideas" y los "conceptos" no pueden ser separados de las relaciones sociales; son constitutivos de esas relaciones. Los cambios fundamentales en los conceptos, las ideas y el lenguaje usado por los hombres implican cambios fundamentales en sus relaciones sociales.

5) La tarea del filósofo consiste en elucidar el concepto de una forma de vida -que implica un comportamiento que sigue las reglas sociales- y mostrar cómo esto es esencial para la comprensión del concepto

---

cont.- op. cit., p. 74. También dice Bernstein: "Winch also links up the work in linguistic philosophy with the notion of 'Verstehen' and the concept of 'meaningful behavior' which had been central to the Weberian tradition of interpretative sociology" (op. cit. p. 63).

- (1) "Ciencia Social y Filosofía", op. cit. p. 90: "...las concepciones mediante las cuales solemos considerar los acontecimientos sociales son lógicamente incompatibles con los conceptos correspondientes a la explicación científica". Para una crítica de las principales tesis de Winch. vid. la polémica A.R. Louch "The Very Idea of a Social Science" Inquiry, nº 6 (1963); P. Winch, "Mr. Louch's Idea of a Social Science", Inquiry, nº 7, 1964; A.R. Louch, "On Misunderstanding Mr. Winch", Inquiry, nº 8 (1965). Vid. también A.P. Louch "Explanation and Human Action", Blackwell 1966 (publicado en EE.UU. por la Univ. de California); B. Wilson, "Rationality", Blackwell, Oxford, 1970; H.F. Pitkin, "Wittgenstein and Justice", op. cit.; M. Hollis "Witchcraft and Witchcraft", "Philosophy of the Social Sciences, vol. 2, 1972, A. Mac -



de lo "social", subrayando la importancia de las prácticas sociales e instituciones.

Creo que no es este el lugar adecuado para desarrollar una crítica de las principales tesis de Winch, tan originales como discutibles. Lo único que ha pretendido destacar es la importancia teórica que obra con - lleva para explicar adecuadamente ciertos contextos usado por Hart en la construcción de su teoría del Derecho (concepto de "regla social", "punto de vista interno", "aceptación", "Regla de Reconocimiento"). En el siguiente apartado analizaremos más detenidamente estas relaciones.

A.3.3. El discurso interno como método de descripción social. Hart y la ruptura del monismo metodológico anglosajón.

La teoría jurídica construida por Hart de forma definitiva en su "Concepto de Derecho" puede enmarcarse dentro del giro "teleológico" de la filosofía analítica inglesa (1). Al explicar el aspecto interno de las reglas dice Hart: "... mientras no se capte su importancia no podremos entender adecuadamente todo el distintivo estilo de pensamiento, discurso y acción humanos que va involucrado en la existencia de reglas y que constituyen la estructura normativa de la sociedad" (2). Precisamente, una de las

---

cont.- Intyre, "The idea of a social science", Aristotelian Society Suppl. vol. 41, 1967; hay trad. cast. en A. Ryan "La Filosofía de la explicación social", op. cit. p. 27-53. A Giddens, "New Rules of Sociological Method", op. cit. p. 44-51 (vid. la interesante bibliografía final); R.J. Bernstein "The Restructuring of Social ...". op. cit. p. 63-74.

(1) Así, dirá P.M.S. Hacker: "The converse methodological doctrine that human, social, phenomena are essentially intentional and teleological, and that the logical structure of their description and explanation is not assimilable to the patterns of explanation in the physical sciences was only belatedly assimilated into the mainstream of English philosophy. Collingwood's work was largely neglected, and it was mainly through Wittgenstein's later philosophy that hermeneutics began to influence philosophical psychology, and hence philosophy of history and social theory in general. The impact upon jurisprudence is revealed in "The Concept of Law" "Hart's Philosophy of Law", "Law, Morality and Society" op. cit. p. 1-25, espec. p. 9. (el subrayado es mío.)

(2) C.D., op.cit., pág. 10.

constantes de la filosofía analítica-hermeneútica ha consistido en la afirmación de que la descripción de los singulares fenómenos humanos debe implicar una comprensión de las situaciones descritas y aprehendidas por los sujetos cuyo comportamiento es precisamente el objeto de la descripción y comprensión; es decir, es imprescindible tener una referencia de la estructura conceptual de los sujetos.

La estructura de los fenómenos sociales que son objeto de la Teoría del Derecho es paradigmáticamente normativa. El análisis de Hart presupone que los fenómenos normativos, en general, y los fenómenos jurídicos en particular sólo pueden ser comprendidos si hacemos alguna referencia a las actitudes de los sujetos respecto de su propia conducta social (1). El "punto de vista interno", tal y como es formulado por Hart, se manifiesta y es expresado en respuesta típicamente normativa: en actitudes críticas expresadas en exigencias de conformidad, críticas de las conductas desviadas, aceptación de la legitimidad de tales críticas y en los diversos tipos de justificación de las acciones expresadas en el lenguaje normativo. Por tanto, este importante aspecto del análisis de Hart y desarrollo de los conceptos jurídicos fundamentales, hace que su teoría jurídica se separe nítidamente del positivismo clásico, modelo que ha intentado explicar las relaciones jurídicas internas, ya en términos de probabilidad o predicción, ya en conexiones psicológicas no normativas.

---

(1) "If social behaviour is to be understood as normative then it must be grasped as being seen by at least some of its participants as conforming to, or deviating from, general standards of conduct". Hacker, op. cit., p.9.

Ahora bien, para comprender este tipo de conexiones normativas es necesario hacer una referencia a los hechos sociales que están implicados en tales conexiones. Para Hart, si los conceptos y fenómenos normativos - sólo pueden hacerse inteligiblemente mediante el punto de vista interno - que los describe como fenómenos sociales-, el rechazo de las teorías jurídicas que emite tales referencias serán tan sólo un corolario de su planteamiento. Las distinciones conceptuales de Hart se fundamentan, en última instancia, en hechos y propósitos sociales (1). Como veremos en los apartados correspondientes (2), el concepto de validez jurídica es un concepto relativo conectado con la Regla de Reconocimiento, cuya existencia es un hecho social que se manifiesta en el comportamiento normativo de sus operadores jurídicos; de este modo, la unidad de un Ordenamiento Jurídico no radica en un postulado Kantiano o norma lógicamente presupuesta, sino en la existencia de una práctica social e institucionalizada. Del mismo modo su análisis de las reglas sociales -que le hace rechazar la teoría imperativa del Derecho (3)- se lleva a cabo en los términos de hechos socia

---

(1) De este modo, podrá decir, N.MacCormick: "The main text to for consideration as presenting Hart's general legal theory is of course 'The Concept of Law', The theory there presented is of a legal system as a system of social rules, social in a double sense: both in that they govern the conduct of human beings in societies, and in that they owe their origin and existence exclusively to human social practices" (el subrayado es mío), en "H.L.A.Hart", op.cit., p.20. Por su parte, M.A. Cattaneo ha dicho: "...Hart ha dato un contributo anche alle ricerche di tipo sociologico in un modo più raffinato; egli ha fatto ciò sotto lineando sempre, nel corso del suo lavoro, il significato del diritto come mezzo di controllo sociale, ricondando le basi e le radici sociali dell'ordinamento giuridico, mettendo sempre in rilievo le funzioni sociali delle norme giuridiche" en "Diritto e Società nel pensiero di Herbert L.A.Hart", p.74-75, "Sociología del Diritto", Rivista Semestrale, 1974, I, p.61-84. Vid también R.S.Summers, "Naive Instrumentalism and the Law", en "Law Morality and Society", op.cit., p.119-131 donde se analiza la obra de Hart desde un punto de vista sociológico.

(2) Ap. B.2.1.4.3. y B.2.4.

(3) Vid. ap. B.1.1.4. y B.1.1.5.

les complejos, de pautas de conducta y respuestas normativas, actitudes - críticas y disposiciones, razones y justificaciones. Por otro lado, su análisis del concepto social de obligación (1), así como la determinación de la estructura del Ordenamiento Jurídico en la combinación de reglas primarias y secundarias (2), pone de manifiesto su ruptura definitiva con el paradigma del positivismo jurídico clásico y, desde el punto de vista metodológico, su rechazo del monismo hipotético-deductivo.

El profesor M.Jori, en un interesante artículo sobre las relaciones entre la metodología de las ciencias sociales y la metodología de la ciencia del Derecho (3), después de haber establecido un paralelismo entre el giro metodológico de la antropología social (Evans-Pritchard, Malinowski, Leach, Levi-Strauss) con respecto a sus modelos clásico (Frazer, Lévy-Bruhl) y el giro de la filosofía del lenguaje ordinario con respecto a sus modelos analíticos precedentes, se plantea el problema del "status" metodológico del discurso interno con referencia a la obra de Hart (4). Precisamente, los elementos de la teoría del Derecho de Hart que ofrecen una posibilidad interesante de discusión metodológica son las distinciones entre "punto de vis

- 
- (1) Vid. ap.B.2.S. y P.M.S. Hacker, op.cit., p. 12-18. Para Hacker, el análisis que Hart hace acerca del concepto social de obligación es denominado "genetic-analytic method of exposition" (p.11).
- (2) Vid. ap. B.1.2. y P.M.S. Hacker, op.cit., p. 18-25. Vid. también, J.R. Lucas, "The Phenomenon of Law", en "Law, Morality and Society", op.cit. p.85-98, donde, al finalizar su análisis del C.D. de Hart, dice: "The concept of law, therefore, cannot be given too tidy a definition. It can be elucidated, but only as a social phenomenon that arises when men, who are rational but not very rational, and moral but not very moral, live their lives together" (p.98).
- (3) "Il Giurista Selvaggio. Un contributo alla Metodologia della descrizione sociale". Sociologia del Diritto, I, 1974, p.85-108.
- (4) Jori subraya la injustificada falta de atención demostrada por los teóricos del Derecho respecto de los problemas metodológicos de las ciencias sociales- y especialmente de la antropología social-. No obstante dice Jori: "...il collegamento tra questi problemi metodologici delle scienze sociali... e della scienza giuridica ha già dato degli importanti frutti in al meno un caso. Essi sono rappresentati da certi elementi della teoria del diritto di H.L.A. Hart" ("Il giurista selvaggio", op.cit., p.98).

ta interno" y "punto de vista externo", respecto de las reglas jurídicas- y entre "afirmaciones internas" y "afirmaciones externas" (internal and - external statements') -siempre con referencia a las reglas jurídicas-; estos conceptos pueden ser conectados con el "aspecto interno de las reglas" (1).

Veámos antes que para Winch las relaciones entre las ideas y las acciones humanas son internas y no externas: es decir, las ideas que los sujetos tienen de sus propias acciones vienen a formar parte integrante de las acciones mismas. No es posible describir adecuadamente una acción humana sin tomar en consideración el significado que le da su agente (2). Para Winch" si las relaciones sociales entre los hombres sólo existen en sus ideas, y a través de ellas, es lógico entonces que, siendo las relaciones entre las ideas de tipo interno, también las relaciones sociales deban ser una especie de relación interna (3). Las acciones humanas pueden ser descritas y -

- 
- (1) Aunque estos conceptos sean analizados aquí desde un punto de vista metodológico, su análisis y crítica se lleva a cabo en distintos lugares del presente trabajo: así, vid. ap. A.1.2.2.; B.1.1.5.2.2., B.2.1.4., B.2.4., B.2.5. y B.2.6.. Independientemente de la polémica Hart-Ross, (en las respectivas revisiones críticas de sus obras- vid. Hart, "Scandinavian Realism", Cambridge Law Journal 1959, nº 17, p.233-240 y A.Ross "Review of the Concept of Law", Yale Law Journal 1962, p. 1185 y ss.) que será analizada cuando estudiemos el concepto de "validez", vid. C. D., op.cit., p.70-72, 110-113, 122, 128-129, 130, 133-34, 143, 145-46, 249,306,308-309. Vid también p. 11-14, 72-77. Ross critica a Hart al - decir que el lenguaje interno no tiene naturaleza descriptiva, es decir, no produce información sobre las normas: tan sólo se constituye en su aplicación o uso. Es decir, para Ross, sólo hay dos alternativas: a) descripción predictiva (causal) de los fenómenos jurídicos (discurso externo) y b) aplicación o uso de las normas(discurso interno)
- (2) Winch, "Ciencia Social y Filosofía", op.cit., p.112-118: "1..las relaciones sociales entre los hombres y las ideas que encarnan las acciones de estos constituyen realmente la misma cosa...", (p. 112), "...explicar el significado de una palabra es describir cómo se la usa, y esta descripción implica la del intercambio social del cual forma parte", - (p.114); "Las relaciones sociales de un hombre con sus semejantes se ven afectadas por sus ideas acerca de la realidad" (p.27); "las relaciones sociales son expresiones de ideas acerca de la realidad" (p.27)
- (3) "Ciencia Social y Filosofía", op.cit., p. 114.

explicadas en las ciencias sociales solamente como conductas significativas: toda conducta significativa debe ser social, dado que sólo puede ser significativa si está regida por reglas, y éstas presuponen un medio social (1) Un ejemplo típico de la conducta significativa es el propio uso del lenguaje. Para comprender y usar el lenguaje es indispensable la existencia de reglas sociales acerca del uso correcto de los términos (2).

Winch sostiene que las relaciones entre las acciones sociales -cuya comprensión es indispensable para proceder a su descripción- son relaciones internas lógicas y no causales. De este modo, las ciencias sociales deben describir y explicar los comportamientos humanos como tales -diferenciados de los simples sucesos físicos- sobre la base de sus relaciones lógicas internas expresadas mediante el uso del lenguaje de sus propios agentes (3). - Trataré de vincular estas tesis con el análisis que Hart lleva a cabo.

En principio, se podría asimilar el discurso interno sobre las reglas jurídicas de Hart, con el discurso del científico social de Winch que describe las relaciones internas de una institución social (4). El discurso interno de Hart pretende ser una descripción de las relaciones internas de los fenómenos sociales (jurídicos): una descripción de lo que constituye -

---

(1) "Ciencia Social y Filosofía", op.cit., p. 108.

(2) "¿qué implica que una palabra tenga un significado?, lleva a la pregunta: ¿que implica que alguien siga una regla? (Ciencia Social y Filosofía, op.cit., p.32).

(3) No es por ello extraño que la gran mayoría de las discusiones y críticas de la obra de Winch se hayan producido en el contexto de la antropología social y cultural, circunscritas al problema del modo de estudiar la sociedad y las culturas primitivas. Para Winch, el antropólogo podrá explicar el comportamiento primitivo usando sólo los mismos términos y categorías de los sujetos que los usan y que están conectados lógicamente con sus acciones. Vid. P.Winch, "Understanding a Primitive Society", en "Rationality", B.A.Wilson ed., Basil Blackwell, Oxford, - 1970, p.78-111.

(4) Vid. M.Jori, "Il giurista selvaggio", op.cit. pág. 103.

el significado de los fenómenos jurídicos -reglas jurídicas internas o constitutivas del significado de los propios fenómenos-. Aunque el discurso interno es caracterizado por Hart como el típico lenguaje de los que usan las reglas jurídicas (1), esto, es principio, no debe ser obstáculo para que este discurso puede ser también característico del lenguaje de los científicos del Derecho, como un modelo alternativo del método de descripción empírico-social. Siguiendo el modelo de Winch, dice Jori: "Lo scienziato del diritto descrive nei termini (interni) degli agenti stessi, e quindi mediante un discorso interno e uno vocabolario normativo, le norme che determinano le relazioni interne (a livello dei significati) dei comportamenti giuridici" (2). Es decir, el discurso interno no es una cuestión de emociones o sentimientos: es el discurso típico de aquellos que participan en las acciones jurídicas, aunque también puede ser considerado como un discurso científico y descriptivo de los teóricos del Derecho que quieren estudiar desde el punto de vista interno los fenómenos y las reglas jurídicas.

Las dificultades teóricas que plantea el problema de la cientificidad del discurso interno son numerosas, y podrían ser enmarcadas dentro de la crítica general de la metodología de Winch (3). Ahora bien, centrándome en el análisis de Hart podría señalar los siguientes puntos (4):

1) A diferencia de Winch, Hart admite la posibilidad de dos tipos de discurso descriptivo con relación a las reglas jurídicas. Junto al discurso interno, Hart habla del discurso externo, discurso que considera las -

---

(1) Hart, C.D., op.cit., p.127-28: "El uso, por los jueces y por otros de reglas de reconocimiento no expresadas, para identificar reglas particulares del sistema, es característico del punto de vista interno".

(2) "Il Giurista selvaggio", op.cit., p. 104.

(3) Entre las críticas más frecuentes se pueden destacar: su explicación -inadecuada del concepto de "regla", su confusión entre el significado de una acción y su simple ocurrencia, su total exclusión de la posibilidad de un análisis causal en las ciencias sociales, su exageración en la diferenciación de las ciencias naturales y sociales, etc.

(4) Tengo en cuenta el análisis de M.Jori, "Il giurista selvaggio", op.cit. p. 104-108, y M.Jori, "Il metodo giuridico tra scienza e politica", Giuffré ed. Milán, 1976, p. 244-255.

reglas y las conductas normativas como hechos susceptibles de ser estudiados en sus relaciones de causa a efecto (1). Ahora bien, los enunciados hechos desde el punto de vista externo pueden referirse también a los significados internos de las acciones, aunque el observador no comparta los puntos de vista de los sujetos sociales cuyas acciones se estudian.

2) El concepto de Hart de la "Regla de Reconocimiento" (2) es una noción en la que se entrecruzan los dos tipos de discurso que pueden describir los comportamientos sociales: la individuación e identificación de las reglas jurídicas, objeto del discurso interno, está determinada por la Regla de Reconocimiento que fija los criterios de la validez jurídica, es decir, los criterios de pertenencia de las reglas al Ordenamiento. Ahora bien, la Regla de Reconocimiento viene determinada en base a su efectividad social -práctica social e institucionalizada- que puede ser descrita desde un punto de vista externo.

3) El discurso interno de los propios agentes sociales que aplican o usan las reglas jurídicas -determinando de este modo el significado de sus propias acciones-, es en última instancia, un discurso de naturaleza política o moral que implica, al menos, la aceptación de las reglas por parte de la mayoría de los operadores jurídicos.

4) El concepto de "Regla de Reconocimiento" puede ser considerado como un principio metodológico que facilita la posibilidad de un discurso interno descriptivo. Si la posibilidad de describir las relaciones internas entre los comportamientos sociales depende de la "incorporación" de estas reglas en las propias conductas, el uso de la Regla de Reconocimiento como instrumento conceptual depende de su existencia como hecho social. Como -dice Jori; "la norma di riconoscimento fa dunque da ponte tra la esigenza, diverse ma collegate, dei due tipi di descrizione sociale: quella interna deve disporre di qualche tipo di controllo della operatività sociale delle relazioni normative che studia; quella esterna deve considerarsi

---

(1) Hart, C.D., op.cit., p.111: "...su descripción será en términos de regularidades de conducta observables, predicciones, probabilidades y signos".

(2) Vid. ap. B.2.1.4.



anche le relazione interne di significato, nella misura in cui sono casualmente operative" (1). Es decir, el concepto de "Regla de Reconocimiento no es sólo útil para la descripción interna y externa de las conductas jurídicas sino también de todos aquellos comportamientos que, de hecho, pueden ser imputados a un sistema coherente de reglas. Como la existencia de la Regla de Reconocimiento, es, en última instancia, una cuestión de hecho, la coherencia o racionalidad interna de las acciones no es un presupuesto necesario para el estudio, desde un punto de vista interno, de las relaciones y de los comportamientos sociales.

5) Para Winch, la descripción científica interna de una sociedad se identificaba con la imagen significativa de sus relaciones internas. Sin embargo, mediante el concepto de Regla de Reconocimiento, se puede analizar, por un lado, la ideología oficial de las relaciones internas normativas entre las acciones jurídicas y, por otro lado y al mismo tiempo, controlar científicamente —mediante los métodos de las ciencias sociales clásicas— sus efectiva difusión e influencia en la sociedad.

Los conceptos usados por Hart para analizar y describir las acciones sociales jurídicas no son sólo aquellos usados por los propios operadores jurídicos —y en este caso especialmente por los juristas—, ya que Hart desarrolla las implicaciones y las consecuencias lógicas del modo de hablar y pensar incorporado en las acciones sociales mediante la introducción de nuevos conceptos y distinciones desde un punto de vista analítico. Precisamente, estas nuevas distinciones o redefiniciones pretenden explicar y describir las estructuras conceptuales que de una forma más o menos difusa subyacen a toda práctica social (2). Ahora bien, para Hart, la comprensión-descripción y explicación— de los fenómenos sociales quiere decir comprensión y descripción de las reglas internas de las propias acciones, reglas que determinan el modo —correcto o incorrecto— para cumplir ciertas acciones y que al mismo tiempo establecen su significado.

---

(1) "Il giurista selvaggio", op.cit., pág. 106.

(2) Vid. M. Jori, "Il Metodo giuridico...", op.cit., pág. 247

El profesor Scarpelli (1), después de retomar y desarrollar la distinción hartiana entre punto de vista interno y externo (2), ha sostenido la tesis de que el discurso interno de Hart presupone en realidad una elección o toma de posición política (3). Para Scarpelli, "l'enunciazione del principio fondamentale, dal punto di vista interno, non attiene alla descrizione del fatto di un sistema di diritto positivo, effettivo in un gruppo ma é una proposizione regolativa, ha una funzione normativa circa il modo di identificare le norme del sistema poggiate su tale principio" (4). Continúa diciendo Scarpelli: "L'affermazione dell'effettività di un sistema di diritto positivo non ha invece alcun senso normativo, ci riporta sul piano del discorso fattuale (...) della sociologia (...) tra l'affermazione dell'effettività di un sistema di diritto positivo e l'accettazione - dal punto di vista interno del principio fondamentale del sistema c'è un salto, una frattura. La proposizione fattuale afferente l'effettività di un sistema di diritto positivo non implica la proposizione regolativa esprime il principio fondamentale del sistema, e considerando dal punto di vista interno il principio fondamentale si rimane, pur avendo riconosciuto l'effettività del sistema, logicamente liberi di accettarlo o non accettarlo" (5).

- 
- (1) U. Scarpelli, "cos'è il positivismo giuridico". Ed. di Comunità, Milan, 1965, Vd. también del mismo autor, "Il metodo giuridico", Rivista di diritto processuale, 1971, nº 4, p.553 y ss.
- (2) "Cos'è il positivismo...", op.cit., cap.VII.
- (3) "Cos'è il positivismo...", op.cit., pág. 81 y ss.
- (4) "Cos'è il positivismo...", op.cit., pág. 81. El subrayado es mío.
- (5) "Cos'è il positivismo...", op.cit., p.81-82. El salto lógico al que se refiere Scarpelli es la imposibilidad lógica de derivar conclusiones normativas de premisas descriptivas y fácticas (es decir, se está haciendo referencia a la conocida tesis de Hume).

Lo que Scarpelli trata de analizar es el tipo de relación existente - entre las afirmaciones internas sobre la validez de una norma y su presuposición acerca de la verdad de la afirmación externa relativa a la eficacia y efectividad del Ordenamiento (1), destacando tres tipos de relaciones - fundamentales:

- a) una posible relación lógica, rechazada por Hart y por el propio Scarpelli.
- b) una posible relación fáctica entre la afirmación de la validez de una norma y la afirmación de la eficacia de un Ordenamiento Jurídico hay relaciones de hecho; ahora bien, según Scarpelli, la constatación de la efectividad de un Ordenamiento y su peculiar relación de hecho con las afirmaciones jurídicas internas de validez, deja sin contestar en última instancia, la pregunta acerca de la aceptación de la Regla de Reconocimiento de tal Ordenamiento efectivo.
- c) Según Scarpelli, el tercer sentido de esta posible relación implica lo siguiente (2): "la proposizione esprime un giudizio di valore , - manifiesta una presa di posizione rispetto ai rapporti tra l'effettività di un ordinamento giuridico e il suo principio fondamentale". Es decir, el salto lógico existente entre las proposiciones fácticas acerca de la eficacia de un Ordenamiento Jurídico y las proposiciones regulativas que expresan la Regla de Reconocimiento del Sistema - es colmado mediante un juicio de valor (3), juicio de valor que implica una argumentación y razonamiento de tipo político. De este modo, la legitimación de un Ordenamiento Jurídico positivo -es decir, la - justificación de la aceptación de la Regla de Reconocimiento del sistema y de su consiguiente aceptación como guía de las conductas y co

---

(1) Sobre las tesis de Scarpelli, vid. M.Jori, "Il metodo giuridico...", op. cit., p.257-305.

(2) "Cos'è il positivismo giuridico", op.cit., p.85. El subrayado es mío.

(3) "L'effettività già raggiunta da un sistema di diritto positivo è certo un'ottima ragione pratica adducibile in un giudizio di valore diretto a sostenere l'accettazione del principio fondamentale del sistema", op. cit., pág. 86.

mo criterio para determinar los criterios de validez jurídica interna de las normas- se constituye en una argumentación tipo de la filosofía política. Esta elección política no sólo informa la práctica y aplicación del Derecho, sino que también está presente en las tareas del jurista científico que, como dice Scarpelli, "fenisce alla pratica gli strumenti concettuali che la pratica impiega, che indica se patrici le norme valide e suggerisce come interpretarle ed applicarle" (1).

En realidad, los enunciados de validez de las reglas de un Ordenamiento Jurídico positivo presupone -en el contexto de la obra de Hart- la Regla de Reconocimiento del sistema, y su aceptación comporta una elección política que se manifiesta, tanto desde el punto de vista de la ciencia como de la práctica del Derecho, en el modo de llevar a cabo la voluntad política que subyace al Derecho positivo, "la scelta di collaborare all'organizzazione politica che in que diritto positivo ha la sua struttura" (2).

Es decir, la crítica de Scarpelli, no sólo se dirige al salto lógico entre el punto de vista externo (sociológico) y el punto de vista interno - (normativo), sino a las implicaciones políticas, sobre el plano metodológico, que subyacen al discurso interno de los juristas. Como ha dicho Jori,

---

(1) "Cos'è il positivismo..", op.cit., p.88.

(2) "Cos'è il positivismo...", op.cit., p.89. Así, dirá Passerin D'Entreves: "...detrás del criterio último de calificación' de Hart aparece - una realidad política y social...¿Acaso no es posible que determinando lo que entendemos por Estado podamos comprender más claramente lo que entendemos por Derecho? La filosofía política ¿puede ayudar a la culminación de la filosofía del Derecho? ("Dos cuestiones en torno al Derecho", en el apéndice al "Derecho Natural", p.257 (traducción de Mariano Hurtado del original inglés "Natural Law. An introduction to legal philosophy", Hutchinson, Londres, 1951, con nueve reimpresiones), Aguilar, Madrid 1972, p.257. En este sentido, vid. "Reflexiones sobre el Derecho y Poder", cap. VIII del libro del profesor Peces-Barba "Libertad, Poder, - Socialismo", Civitas, Madrid, 1978

"una cosa è presupporre o dimostrare la illegittimità o politicITÀ del passaggio de un discorso esterno a un discorso interno...cioè la legittimità della corrispondente regola metodologica; un'altra cosa presupporre o dimostrare la illegittimità o policita del passaggio di Hart da una metodologia descrittiva a una metodologia prescrittiva" (1).

El discurso jurídico interno de Hart pretende ser el único criterio explicativo del discurso mediante el cual los juristas identifican las Reglas - de Reconocimiento de sus Ordenamientos. La limitaciones del pretendido caracter descriptivo de este tipo de discurso se fundamenta, pues, en las implicaciones políticas, implícitas o explícitas, que subyacen, no sólo al - discurso interno objeto de su análisis, sino al propio discurso interno del teórico del Derecho.

---

(1) "Il metodo giuridico", op.cit., pág.272.

#### A.4. METODOLOGIA JURIDICA

##### A.4.1. POSITIVISMO JURIDICO INGLES Y TEORIA ANALITICA DEL DERECHO.

###### A.4.1.1. Introducción.

Con el fin de comprender y situar la obra de H.L.A. Hart dentro de la tradición del positivismo jurídico inglés -tradición que el propio Hart someterá a una crítica fundamental- es necesario estudiar, aunque sea sumariamente, esta corriente de pensamiento filosófico-jurídico-político. En términos generales, creo que existen suficientes datos y argumentos para sustentar la tesis de que las bases teóricas del positivismo jurídico inglés (1) pueden venir representadas por la obra de tres importantes filósofos/juristas a lo largo de tres siglos: Hobbes (siglo XVII), Bentham (siglo XVIII) y Austin (siglo XIX). Cada uno de ellos plantea diversos problemas, en función de la situación social y política de la historia de Europa -y, a veces, América- (algunos factores determinantes serán el proceso de secularización y unificación del poder político, el iusnaturalismo racionalista y la codificación, el liberalismo y el positivismo jurídico); sin embargo, en los tres se puede encontrar una línea de continuidad temática a la hora de abordar ciertos problemas teóricos, continuidad retomada por Hart -si bien sometiéndola a una revisión crítica- y por los representantes de la actual "Jurisprudence" inglesa.

Si bien en la obra de Hobbes se pueden encontrar algunas de las tesis defendidas por el positivismo jurídico, el autor del "Leviathan"

---

(1) He preferido utilizar el término "positivismo jurídico inglés", al de "positivismo jurídico anglosajón", ya que el Derecho anglosajón cubre tan sólo el período anterior a la conquista de Inglaterra por los normandos (1066); Inglaterra había estado sometida durante cuatro siglos al dominio romano -desde el emperador Claudio hasta comienzos del s.V- período que se quiebra con la invasión de diversas tribus de origen germánico -sajones, anglos, jutos y daneses-. El Derecho de estas tribus es, propiamente dicho, el llamado "Derecho anglosajón", siendo imposible decir que, con anterioridad a la conquista normanda, existe un Derecho común a toda Inglaterra. Por otro lado, desde un punto de vista técnico, el Derecho inglés está delimitado especialmente a Inglaterra y al País de Gales, no pudiendo hablar por tanto de un Derecho del Reino Unido o de un Derecho Británico. Para estas distinciones, así como para un excelente resumen de la historia del Derecho Inglés, es útil leer R.David, "Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos", ed.Aguilar, pg. 239-316, 1968, ed. original "Les grands systèmes de droit contemporains"(droit comparé),Dalloz 1967.

no establece una separación conceptual entre el Derecho y la Moral, al igual que su racionalismo abstracto le impide una visión esclarecedora del Derecho como concepto histórico. El positivismo jurídico, como hecho histórico y desarrollo ideológico, forma parte del proceso de neutralización y secularización del conocimiento científico durante el siglo XVIII. Dos de las tesis fundamentales defendidas por el positivismo jurídico durante este siglo serán, en primer lugar, la defensa del orden y la seguridad jurídica como postulados esenciales del Derecho (función garantizadora y represora del Derecho Liberal); en segundo lugar, la consideración del Derecho como producto histórico, y no como reflexión idealista de contenidos abstractos y racional-naturales. El siglo XIX se presenta como el siglo de las grandes síntesis positivistas, en el que la filosofía social y política tiene un propósito práctico y organizador. La epistemología decimonónica, basada en el principio de causalidad -y cuyo antecadente más lúcido había sido Hume- ofrece al positivismo jurídico una concepción de la filosofía como teoría de la ciencia.

El positivismo como filosofía del Derecho se encuentra en su máximo apogeo en la segunda mitad del siglo XIX, donde predomina el empirismo y el naturalismo. El largo tránsito de la deducción racional al empirismo marca la diferenciación y oposición del viejo método deductivo y abstracto de la Escuela del Derecho Natural y el historicismo/empirismo de la nueva filosofía del Derecho donde, en principio, la razón descriptiva tendría que prevalecer frente a la razón constructiva del racionalismo.

Una de las corrientes doctrinales positivistas que logran un desarrollo sistemático y conceptual más elaborado es el positivismo imperativista y normativista que entiende al Derecho como una imposición coactiva por parte del Poder supremo, concepción instrumental del Derecho propia de una burguesía reformista. La teoría jurídica del radicalismo inglés -con su componente ético utilitarista - había sido formulado por Bentham en su polémica contra el conservadurismo de Blackstone; posteriormente, durante el siglo XIX, tanto la concepción de Ihering del Derecho como organización social de la fuerza -realismo jurídico "avant la lettre"- y su crítica a la Escuela histórica, como la concepción de los conceptos jurídicos fundamentales (el filósofo radical ha muerto; los intereses de la burguesía reformista, al haber sido codificados, tan sólo necesitan una reconstrucción racional por parte de los juristas), constituyen eslabones fundamentales de la Teoría General

del Derecho, dentro de un proceso de formalización creciente. El positivismo jurídico, cuyo objetivo era el conocimiento de una realidad histórica singular llamada Derecho, va a utilizar como método un racionalismo abstracto similar al utilizado por el iusnaturalismo moderno. Si la finalidad es el conocimiento de un Derecho positivo histórico y concreto, su método racionalista le impide —o le dificulta— la posibilidad de conocer su propio objeto. Evidentemente, si en la propia Ciencia jurídica prevalece el método racionalista, la Teoría General del Derecho, al basarse en los conceptos jurídicos suministrados por las ciencias jurídicas particulares, perderá en gran parte su capacidad explicativa. Hará falta una reelaboración lógica de los conceptos y de la estructura formal de los Ordenamientos que permita a la Teoría General del Derecho explicar, estructural y funcionalmente, la naturaleza del Derecho.

Estudiar la totalidad de la obra de los tres representantes más destacados del positivismo jurídico inglés, sería tan prolijo como innecesario para los propósitos del trabajo propuesto. Sin embargo, cometeríamos el mismo error si no fuéramos capaces de resumir sus rasgos fundamentales en cuanto afectan de alguna forma a la obra teórica de H. L.A. Hart. Por ello, nos proponemos presentar un esquema de los temas principales que se han ido objetivando como rasgos característicos del positivismo jurídico inglés, cuyo desarrollo, conceptual e histórico, es claramente diferenciable del desarrollo del positivismo jurídico continental (1).

- 
- (1) Una concepción amplia del positivismo jurídico, desde el punto de vista histórico, puede verse en Felipe González Vicens "El positivismo en la filosofía del derecho contemporáneo", Revista de Estudios Políticos XXXI, 1950, pgs.31-77 y en libro homenaje al profesor González Vicens "Estudios de Filosofía del Derecho", Fac. de Derecho de la Universidad de La Laguna, <sup>1979</sup> pgs.47-141; "Sobre el positivismo jurídico", Sevilla, 1967, Libro homenaje al prof. Giménez Fdez. (Publicaciones de la Fac. de Derecho, vol.II) ahora en "Estudios de Filosofía del Derecho", libro homenaje al prof. Glaz Vicens, Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna, pgs. 171-207. También en "Sobre los orígenes y supuestos del Formalismo en el pensamiento jurídico contemporáneo", Anuario de Filosofía del Derecho, 1961, Madrid, pgs. 47 - 75, ahora en el libro homenaje ya citado, pgs. 141 - 171.



A.4.1.2. HOBBS

A. 4.1.2.1. Introducción. Iusnaturalismo y Positivismo.

A.4.1.2.2. El formalismo en la definición del Derecho.

A. 4.1.2.3. La teoría coactiva del Derecho.

A. 4.1.2.4. La teoría de las fuentes: supremacía de la Ley.

A. 4.1.2.5. La concepción del Derecho como mandato, Imperativismo y Voluntarismo.

A. 4.1.2.6. La teoría jurídico-descriptiva de la soberanía.

A. 4.1.2.7. Teoría de la obligación, Concepción formalista-legalista de la justicia.

A. 4.1.2.8. Teoría declarativa de la interpretación.

A.4.1.2.1. Introducción. Iusnaturalismo y Positivismo.

La obra jurídica de Hobbes ha sido entendida de forma ambivalente. Por un lado, ha sido presentada como un claro exponente del iusnaturalismo racionalista del siglo XVII (junto a la obra de Grocio, Spinoza y Puffendorf), y, por otro lado, Hobbes ha sido entendido como el más claro precursor del positivismo jurídico inglés (1)

---

(1) "Hobbes appartiene realmente al movimento giusnaturalistico ed è realmente iniziatore del positivismo giuridico. Il 'paradosso' hobbesiano... è genuino". N.Bobbio, "Legge naturale e legge civile nella filosofia politica di Hobbes". Studi in memoria di Gioele Solari, -Publicazioni dell'Istituto di Scienze politiche dell'Università di Torino-, Torino, 1954, pgs. 61-101; ahora en N. Bobbio "Da Hobbes a Marx", Morano Editore, 1ª ed. junio 1964, 3ª ed 1974, pgs. 11-49; la cita está tomada de la pg. 12. La polémica en torno a las tesis iusnaturalistas y positivistas en la obra de Hobbes ha sido tratada por numerosos autores; así, en M.A.Cattaneo, op.cit.<sup>(infrá)</sup>, pg. 46 y ss, se resumen algunas de las tesis enfrentadas: una visión iusnaturalista de Hobbes se puede encontrar en Stammer, Friedman, Bergbohm, Strauss, Solari y Kelsen; una visión iuspositivista de Hobbes la ofrecen Stephen, Capitant, Verdross, Fuller, Villey y Bobbio (bibliografía y citas en la obra de Cattaneo citada). El interés por la obra de Hobbes se ha revitalizado en los últimos años. Una bibliografía interesante, desde 1960 a 1974 se puede encontrar en Fco. Javier Valls "Bibliografía sobre Hobbes", Anales de la Cátedra Fco. Suárez, Opto. de Filosofía del Derecho, Universidad de Granada, nº.14, fascículo, 1974. La actualidad de Hobbes (tricentenario de su muerte en 1979) se ha reflejado en la publicación reciente de diversos estudios sobre Hobbes, en "Thomas Hobbes et la société civile" (C.V.P. nº.49), 327 p., Droz, diciembre 1979. Es frecuente escuchar que la polémica entre

El iusnaturalismo de Hobbes tiene sus raíces en el giro laico y moderno del siglo XVII sobre el iusnaturalismo teocrático medieval: la moderna teoría del Derecho Natural del siglo XVII, si bien influida por la concepción racionalista de la ciencia, no se fundamenta en una teoría del Derecho objetivo, sino en una teoría de los derechos subjetivos que se aleja tanto de la "lex naturalis" del moralista medieval, como del "ius naturale" del jurista romano.

Así dirá Hobbes:

"... aunque los que hablan de este tema (se refiere a la "lex naturalis") confunden a menudo "ius" y "lex", derecho y ley, éstos debieran, sin embargo, distinguirse, porque el derecho consiste en la libertad de hacer o no hacer, mientras que la ley determina y ata a uno de los dos, con lo que la ley y el derecho difieren tanto como la obligación y la libertad ..." (1)

En inglés, como es bien sabido, "law" y "right" son términos diferenciables que representan la distinción romana entre "Derecho objetivo" ("regula agendi") y "derecho subjetivo" ("Facultas agendi"). El acento puesto en los "derechos subjetivos" frente al "Derecho objetivo" tendrá como culminación teórica la teoría de los derechos naturales

---

CONT. positivismo e iusnaturalismo en Inglaterra ha tenido un carácter más "científico" que la discusión "política" del Continente. Esta tesis tan sólo es válida si nos atenemos a los planteamientos que han surgido después de la II Guerra Mundial. Así, Mario A. Cattaneo ("Il positivismo giuridico inglese"), Giuffrè, Milano, 1962; (véase para este tema especialmente el prefacio) ha señalado cómo la vieja polémica renació en Alemania como crítica iusnaturalista del "positivismo nacionalsocialista"; en Italia dentro del marco de una argumentación ético-política (la defensa eclesástica de una teoría objetiva de la moral frente a la construcción positivista del Estado democrático basado en un relativismo moral); sin embargo, en Inglaterra, en función de la propia historia y evolución de su sistema social, la discusión ha sido -y sigue siendo, en parte- en torno a la separación conceptual entre Derecho y Moral, contraponiendo una metodología empírico-descriptiva a una concepción metafísica del Derecho.

- (1) "Leviatán", parte I, cap. XIV, pg. 228 de la ed. preparada por C. Moya y A. Escobedo, ed. Nacional, 1979. Estas distinciones pueden verse también en "Elementos de Derecho Natural y Político", Centro de Estudios Constitucionales, ed. a cargo de Dalmacio Pavón, 1979, pg. 364. Desde la edición de las obras latinas (5 vols) e inglesas (11 vols.) por W. Molesworth (Londres, 1839-45), reimpreso por Aalen, 1962, abundan las obras sueltas y de traducciones. La edición del Leviatán que hay que recordar especialmente es la de M. Oakshott, Oxford, 1946.

en la filosofía de la Ilustración (1).

Frente al iusnaturalismo medieval (racionalismo moderado, ética personalista y concepción comunitaria de la sociedad, orden cósmico-teológico y concepción de los derechos naturales desde el punto de vista de las obligaciones). Hobbes se presenta como el fundador del iusnaturalismo moderno (racionalismo extremo y ahistórico, atomismo individualista -tan influyente en las teorías del iluminismo y utilitarismo como generador de una ética individualista-, secularización del concepto de razón y naturaleza, teoría de los derechos naturales como derechos subjetivos oponibles a la sociedad política, teoría del pacto o contrato social como origen legitimador del poder político). En este sentido, L. Strauss, en su clásico estudio sobre Hobbes, dice: "Modern and classical political philosophy are fundamentally distinguished in that modern political philosophy takes "right" as its starting-point, whereas classical political philosophy has "law" ... there is no possible doubt that Hobbes, and no other, is the father of modern political philosophy" (2).

Sin embargo, el iusnaturalismo implícito en la obra de Hobbes no es fácilmente clasificable. Como todo iusnaturalismo, es dualista (aunque también hay argumentos para defender una concepción monista del Derecho en Hobbes (3), es decir, reconociendo la existencia de dos cla -

- 
- (1) Este aspecto del giro moderno de la teoría del Derecho Natural en Hobbes (junto a los factores ideológicos predominantes del siglo XVII, a saber, racionalismo, individualismo y radicalismo) es destacado por P. D'Entreves, "Derecho Natural", Aguilar, 1972, pg. 75 y ss. También en M.A. Cattaneo, op. cit., pgs. 72-73 quien destaca en la obra de Hobbes el germen de la teoría de los derechos del hombre, posteriormente desarrollada en la doctrina liberal de Locke y en la democrática-radical de Rousseau; N. Bobbio, "Hobbes e il giusnaturalismo", Rivista critica di storia della filosofia, XVII, 1962, pgs. 471-486, ahora en "Da Hobbes a Marx", op. cit., pgs. 51-74. Vid. también M. Villey, "La Formation de la pensée juridique moderne", 9ª edición, Les éditions Montchrestien, París, 1975, pgs. 635-707.
- (2) Leo Strauss, "The Political Philosophy of Hobbes. Its Basis and its Genesis", traducido del original alemán por Elsa M. Sinclair; la primera edición inglesa data del año 1936, "The Clarendon Press", Oxford, England; la edición que he consultado es la primera edición de la colección Phoenix, publicado por The University of Chicago Press, 1963, pg. 156. Un excelente libro que resume críticamente las modernas interpretaciones de la obra de Hobbes, se puede encontrar en D.D. Raphael, "Morals and politics", London, 1977.
- (3) Bobbio, "Da Hobbes a Marx", "Legge naturale...", op. cit., pgs. 47-49

ses de Derechos, afirma la superioridad del Derecho Natural sobre el Derecho Positivo; pero esta superioridad se manifiesta en Hobbes de una manera especial. El Derecho Natural en Hobbes no es un conjunto de principios éticos inspiradores de la legislación positiva -concepción tomista en la que el Derecho Positivo procede "per conclusionem" o "per determinationem" del Derecho Natural-, ni tampoco el mandato preceptivo de la razón kantiana -contenido de la norma jurídica- cuya garantía y represión punitiva le corresponde al Derecho (concepción liberal del Derecho en la que éste cumple una función garantizadora y represora; un ejemplo claro de esta concepción se puede encontrar en Locke). En Hobbes, como ha señalado Bobbio -cuyas tesis seguimos en este punto (1) "il diritto naturale è il fondamento o sostegno dell'intero ordinamento giuridico positivo". Para Bobbio, la función del Derecho Natural en Hobbes consiste en dar un fundamento de legitimidad al poder legislativo, prescribiendo a los súbditos la obediencia a todos los mandatos del soberano. Del Derecho Natural como inspirador de la producción legislativa o como contenido prescriptivo del mecanismo de la coacción, en Hobbes encontramos un Derecho Natural legitimador del Derecho Positivo, doctrina que representa -al menos parcialmente- el paso teórico del iusnaturalismo al positivismo jurídico (2)!

- 
- (1) N. Bobbio, "Giusnaturalismo e positivismo giuridico", ed. di Comunità, Milano, 1977 (3ª ed.), 1ª ed. de 1965. Las citas son de la tercera edición, pgs. 129, 130 y 131. Las mismas tesis se encuentran en "Hobbes e il giusnaturalismo", op.cit., pgs. 59, 60 y 61
- (2) Así dirá Hobbes: "... la ley (natural) ordena observar todas las leyes civiles en virtud de la ley natural que prohíbe violar los pactos. Porque cuando nos obligamos a obedecer antes de saber lo que se va a mandar, nos obligamos a obedecer generalmente y en todo". "Del Ciudadano", cap. XIV, p. 10, pg. 223, Instituto de Estudios Políticos, Caracas, 1966. Este tema será tratado con más detenimiento al resumir la concepción legalista de la justicia en la obra de Hobbes, como muestra evidente de la concepción del positivismo como ideología unida al principio utilitarista de la obediencia. En este sentido -aunque se insistirá posteriormente- la función del Derecho Natural como legitimador del Derecho Positivo se encuentra recogida a lo largo del excelente y ya clásico estudio de H. Warrender ("The Political Philosophy of Hobbes. His Theory of Obligation". Oxford University Press, 1ª ed 1957), para quien la obligación política en Hobbes es una obligación moral que no se deduce de los postulados sobre la naturaleza del hombre, sino de la voluntad o el mandato divino, o de un cuerpo de Derecho Natural que sustente su propia autoridad, obligación moral previa e independiente de la obligación civil. Para Warrender, el elemento fundamental de la filosofía política hobbesiana es su concepción del Derecho Natural, concepción que per

Las leyes naturales son para Hobbes productos de la recta razón (1), a diferencia de las leyes positivas que son puestas por la voluntad del soberano (quien tiene el monopolio de la producción jurídica a través de su voluntad). Ahora bien, la razón para Hobbes no tiene un significado ontológico (iusnaturalismo clásico) sino metodológico (2): Hobbes no trata de obtener los primeros principios racionales y evidentes como axiomas matemáticos (3), sino que, concibiendo la racionalidad como un acto instrumental, mediante un cálculo utilitarista de ventajas y desventajas, se refiere al carácter ético normativo de la ley natural como guía para la consecución de determinados fines —el fin supremo es alcanzar la paz, que representa la máxima utilidad—, divergencia fundamental con la concepción clásica del iusnaturalismo para el que la bondad o la maldad se determinan mediante una racionalidad ontológica immanente. Así dirá Hobbes:

"Por recta razón, en el estado natural de los hombres, no entien

---

(cont.)      *tenece* —según Warrender— a la vieja tradición medieval, así dice: "Hobbes's theory of political society is based upon a theory of duty, and his theory of duty belongs essentially to the natural law tradition", (p.322). Una interpretación opuesta a las tesis de Warrender, tesis influida claramente por el clásico artículo de A.E.Taylor "The Ethical Doctrine of Hobbes", "Philosophy", 1938 (reimpreso en "Hobbes Studies", K.C.Brown, Oxford, 1965), se puede encontrar D.D.Raphael, op. cit., pgs. 51 y ss., para quien Hobbes rompe claramente con la idea tradicional del Derecho Natural. Esta tesis, que me parece más consistente, se basa en la consideración del Derecho Natural Tradicional como un Derecho basado en obligaciones categóricas y morales, mientras que el Derecho Natural en Hobbes estaría basado en obligaciones hipotéticas que implicarían reglas racionales para la auto-protección ("prudential prescriptions").

- (1) "Del Ciudadano", op. cit., cap.II, p.1; Leviatan, op.cit., c.XIV
- (2) Esta concepción del concepto de razón en Hobbes ha sido señalada por R. Polin, "Politique et philosophie chez Th. Hobbes", París, P.U.F., 1952, cap. XI.
- (3) La doctrina del Derecho durante el siglo XVII está dominada por la relación Lógica/Etica, relación característica en el binomio Derecho/Matemática de Grocio, Spinoza, Leibniz y Pufendorf. Este rasgo típico del siglo XVII ha sido subrayado en la excelente obra de E. Cassirer "Filosofía de la Ilustración", F.C.E., 1972, pgs. 264 y 265. La 1ª. edición en alemán data del año 1932, y la 1ª. edición en español, en 1943.

do, como muchos, una facultad infalible, sino el acto de razonar, es decir, el razonamiento propio y verdadero de cada uno acerca de aquellas acciones suyas que puedan traer consigo ventajas o daños para los otros hombres" (1).

La ley natural (el llamado "Derecho Natural") es, en definitiva, el fundamento racional del Derecho Positivo (leyes del Estado), concepción que se aleja claramente del iusnaturalismo clásico-medieval. El fundamento racional de la validez de la norma jurídico-positiva que prescribe la obediencia de los súbditos, es la "norma" natural que prescribe a los súbditos atribuir al soberano (mediante el pacto o contrato social) un poder absoluto de mandar -que cesa solamente cuando pone en peligro la protección de la vida del súbdito, razón fundamental de la constitución del pacto- (2).

La ley natural, que prescribe obedecer "generalmente y en todo" a las leyes civiles, no tiene carácter jurídico; este carácter es conferido formalmente por el soberano, quien determina la validez jurídica de sus mandatos:

"... las leyes naturales ... no son propiamente leyes en el estado de naturaleza ... sino cualidades que disponen a los hombres a la paz y la obediencia. Sólo cuando se establece una república son efectivamente leyes, no antes; pues entonces son los mandatos de la república, y, por tanto, leyes civiles también. Pues es el poder soberano quien obliga a los hombres a obedecerlas" (3). La validez jurídica de las normas descansa, en última instancia, en el poder político supremo (soberano) que las formula y sostiene. "Los hombres -dice Hobbes-

---

(1) "Del Ciudadano", op. cit., cap. II, p.1, pg. 74 de la ed. cit.

(2) Vid. M.A. Cattaneo, op. cit., pag. 95, que recoge la tesis de L. Strauss, "On the basis of Hobbe's Political Philosophy", en "What is Political Philosophy?", The Free Press of Glencoe, Illinois, 1955.

(3) Leviatán, op. cit., cap. XXVI, pg. 349. Una versión empírica del Derecho Natural se puede encontrar en Hobbes, Leviatán, op. cit., caps. XIV y XV, y en Hume, "Treatise of Human Nature", libro III parte 2ª, especialmente apartados 2 y 4-7 en "The Philosophical Works", ed. T.Hill Green y T.Hodge Grose, 4 vols., Londres, 1882-86; reed. Aalen, 1964 (hay trad. castellana en ed. Nacional, 2 tomos, 1977, a cargo de Félix Duque). La tesis de Hart del "contenido mínimo del Derecho Natural" es una reformulación empírica de las tesis de Hobbes y Hume, tema que trataremos detalladamente en otro capítulo. En cualquier caso, en Hobbes no existe una clara delimitación entre el Derecho y la Moral, delimitación que será posteriormente (Bentham y Austin) una de las tesis centrales del positivismo jurídico inglés.

suelen dar el nombre de leyes a estos dictados de la razón, pero lo hacen impropriamente pues no son sino conclusiones o teoremas relativos a lo que conduce a su conservación y defensa, mientras que propiamente la ley es la palabra de aquél que tiene por derecho mando sobre otros (1).

Independientemente de la fundamentación racional valorativa del Derecho Positivo (2), lo que quiero destacar es el hecho de que en Hobbes hay suficientes datos para argumentar que en su obra se encuentra no sólo el paso del iusnaturalismo medieval al iusnaturalismo moderno, sino también el germen teórico del positivismo jurídico; la vinculación de la eficacia y existencia del Derecho al poder soberano es algo tan evidente en la obra de Hobbes que le sitúa como su más lúcido precursor. A continuación trataré de resumir las características fundamentales de su pensamiento jurídico, rasgos y tesis que serán retomadas por Bentham y Austin, constituyéndose en características típicas del positivismo jurídico inglés.

La consideración de Hobbes como precursor del positivismo jurídico nos hace plantearnos el problema de la determinación e individuación del término "positivismo jurídico", aunque su discusión teórica es tratada en otro lugar (3). Aquí simplemente vamos a destacar algunos de los rasgos metodológicos, teóricos e ideológicos que posteriormente se han ido conformando como características fundamentales de la metodología, teoría e ideología del positivismo jurídico. Así, M.A. Cattaneo, en su obra sobre el positivismo jurídico inglés (4) señala tres "momentos" en la producción jurídica sobre los que se puede construir las tesis fundamentales del positivismo jurídico:

---

(1) Leviatán, op. cit., cap. XV, pg. 254.

(2) Al hablar de la "fundamentación racional valorativa" del Derecho Positivo me estoy refiriendo al problema de la legitimidad, problema teórico distinto de la eficacia y de la validez. Para Hobbes, el fundamento de la validez va a descansar en el Poder Soberano productor de normas jurídicas, mientras que el fundamento de la eficacia se apoya en la noción de "obediencia habitual", concepto configurador de la soberanía política.

(3) En "Tesis del Positivismo Jurídico".

(4) Op. cit., introducción, pgs. 1 - 44.

a) conocimiento científico del Derecho: labor del jurista guiado por el principio metodológico de la separación entre el derecho que es y el derecho que debe ser.

b) aplicación del Derecho: deber de obediencia del juez y fidelidad al Derecho Positivo.

c) producción del Derecho: labor del legislador bajo la que subyace un relativismo ético.

El primero de los momentos corresponde a lo que Bobbio ha denominado el positivismo jurídico como método (1), es decir, el "modo de acercarse" al Derecho, haciendo la previa distinción entre juicios de hecho y juicios de valor. Este primer momento no está claro en Hobbes aunque será uno de los temas fundamentales en la obra de Bentham.

El deber de obediencia y fidelidad al Derecho Positivo por parte del juez cuando aplica el Derecho (tesis que subyace a la concepción de la función judicial como subsunción lógica declarativa del hecho en la norma jurídica, concepción ampliamente superada por el actual positivismo jurídico), es lo que Bobbio llama el positivismo jurídico como "ideología" (2), tesis mantenida por Hobbes.

Por último, la tesis del relativismo ético que mantiene el legislador en el momento de producción legislativa no es, a juicio de Bobbio una tesis mantenida por todo el positivismo (es curioso observar en la tradición del positivismo jurídico continental la defensa del relativismo ético, defensa no mantenida en la tradición del positivismo jurídico inglés basado en un objetivismo moral utilitarista), siendo una tesis metaética que no acompaña necesariamente a una teoría del Derecho. Precisamente, es en este aspecto, en el ámbito de la teoría del Derecho, donde debemos centrar nuestra atención, ámbito descuidado en el análisis de Cattaneo y suficientemente desarrollado por Bobbio.

#### A.4.1.2.2. El formalismo en la definición del Derecho.

Uno de los escritos de Hobbes más importantes desde el punto de vista de la filosofía del Derecho, es, sin duda, el famoso "A Dialogue

---

(1) N. Bobbio, "Giusnaturalismo e Positivismo giuridico", op. cit., p 104 y ss., pg. 143 y ss. También en "Sul Positivismo giuridico", pg. 155 y ss.

(2) N. Bobbio, "Giusnaturalismo ...", op. cit., pg. 104 y ss., 148 y ss., "Sul Positivismo ...", op. cit., pg. 265 y ss.



Between a Philosopher and a Student of the Common Laws of England" (1), texto en forma de diálogo que presenta una imaginaria polémica con Coke —adelantándose a otra célebre polémica entre Bentham y Blackstone—, para quien el poder del rey estaba subordinado al Common Law, concepción expresamente rechazada por Hobbes al afirmar la supremacía del de recho escrito puesto por el Estado o poder soberano (Statute Law). Pero lo que en este apartado nos interesa destacar es su definición formalista del Derecho, típica formulación del positivismo jurídico en la que no cabe referencia alguna a su posible contenido:

"Lawyer. How would you have a Law defin'd?

Philosopher. Thus; A Law is the Command of him (the King), or them that have the Sovereign Power, given to those that be his or their Subjects, declaring Publickly, and plainly what every of them may do, and what evry of them may do, and what they must forbear to do" (2).

En este texto no hay referencia sustancial alguna al contenido ni a los fines del Derecho. La definición del Derecho se basa en la autoridad (soberano) que produce las normas y las dirige a sus súbditos criterio exclusivamente formal. Este criterio formal es destacado por Radbruch, quien en su excelente obra "Der Geist des englischen Rechts" (3), divide a los filósofos del Derecho de Inglaterra en dos grandes apartados: por un lado, aquellos que creen en la naturaleza o en la razón (filósofos iusnaturalistas como Coke y Blackstone) y, por otro, aquellos que creen en la autoridad (filósofos del positivismo jurídico, como Hobbes, Bentham y Austin). El concepto de soberanía le sirve a Hobbes para explicar la noción de validez de las normas jurídicas, cuestión ésta diferenciable de la afirmación valorativa de las propias normas jurídicas. El criterio de identificación formal del Derecho se separa así del criterio de valoración crítica de la producción normativa. Hobbes plantea el tema de la separación conceptual del Derecho y la Moral, del ser y deber ser, aunque él mismo no lleva a cabo una nítida distinción con todas sus consecuencias. Así, P. D'Entreves dice: "si ... la ley no deriva su condición de tal de un contenido in-

---

(1) V. ed. crítica e introd. de Joseph Cropsey, The University of Chicago Press, Chicago and London, 1971, pgs. 168 (ed. or. 1681)

(2) "A Dialogue between a Philosopher ...", op. cit., pg. 71.

(3) Vanderhoeck & Ruprecht, 1958.

trínseco, sino simplemente de la voluntad del soberano, es obvio que no hay modo alguno de condicionar su valor a través de normas objetivas, ya sean las de la "justicia", ya las del Derecho Natural, ya incluso las de la moralidad positiva. Esto no excluye, desde luego, la posibilidad de valorar las leyes como "buenas" o "malas"; lo único que implica es que nuestra aprobación o desaprobación no tienen nada que ver con la "validez" de la ley, que es un criterio puramente formal. De manera que Hobbes, que es el último nominalista, puede a la vez ser calificado con igual propiedad como el primer positivista "jurídico" (1).

La concepción formalista del Derecho que mantiene Hobbes —concepción que en el ámbito de la teoría de la justicia se traduce en una concepción legalista de la justicia (como veremos más adelante) y en el de la ciencia del Derecho en el desarrollo de la dogmática y de la jurisprudencia conceptual del siglo XIX— ha sido uno de los rasgos más comunes de la filosofía jurídica positivista, normalmente unido a una teoría normativa del Derecho (2).

#### A.4.1.2.3. La teoría coactiva del Derecho.

Esta teoría es una consecuencia del modo de entender el Derecho como conjunto de normas que tienen la posibilidad de imponerse por medio de la fuerza. "Los pactos, sin la espada, son meras palabras", dirá Hobbes. Para el autor del Leviatán, el nacimiento del Estado coincide con la aparición del Derecho: el paso del estado de naturaleza a la sociedad civil es el paso del reino de la fuerza al imperio de la ley; aunque éste imperio necesite de la fuerza para su efectividad. El Estado, además de un Ordenamiento Jurídico, es un Ordenamiento respaldado por la fuerza, aunque "Poder soberano" y "fuerza" no son términos

- 
- (1) Alessandro Passerin D'Entreves, "The Notion of the State", Oxford University Press, 1967. Hay trad. cast. del profesor Fernández Galiano en Euramérica, S.A., Madrid, 1970, pg.126, texto por donde se cita.
  - (2) En este sentido, es clarificador el artículo de N.Bobbio, "Sul formalismo giuridico", Rivista italiana di diritto e procedura penale, N.S.I., 1958, pgs.977-998, reprod. en Giusnaturalismo e Positivismo... op. cit., pg. 79 y ss. También, vid. G.Lazzaro "Il diritto come forma", Rivista Internazionale di filosofia del diritto, 1962 XXXIX, pgs. 636-655 y "Formalismo e sapere giuridico", A.E. Cammarata, Capelli, 1962.

sinónimos (1).

Hobbes establece la concepción tradicional del Derecho, entendido éste como un conjunto de normas garantizado por la fuerza. La fuerza es considerada como un medio para realizar el Derecho, y no como contenido de las normas jurídicas. La concepción del Derecho como organización de la fuerza, superará, en parte, las objeciones formuladas contra la definición clásica del Derecho como norma coactiva (2).

El aspecto imperativo o coercitivo del Derecho es lo que constituye su propia naturaleza. Lo que hace obligatorio el precepto es el poder de imponer el cumplimiento de las normas, y quien tiene el poder es el soberano político.

Es interesante la diferenciación que Hobbes lleva a cabo en torno al concepto de ley jurídico-positiva: distingue entre una parte prohibitiva -dirigida a los ciudadanos- y una parte punitiva -dirigida a los jueces-:

"Por consiguiente, la ley es inútil si no contiene dos partes: una que prohíbe que se infiera injurias y otra que castigue a los que las infieren. La primera, llamada la distributiva, es prohibitoria y se dirige a todos; la segunda, llamada vindicativa o penal, es imperativa y se dirige sólo a los magistrados públicos" (3).

Esta diferenciación será reelaborada posteriormente por Kelsen, para quien la parte prohibitiva de Hobbes será la norma secundaria dirigida a los ciudadanos, correspondiendo la norma primaria a la parte

- 
- (1) El requisito de la coercibilidad del Derecho se puede encontrar, por ejemplo, en "Elementos ...", op. cit., 2ª parte, cap.I, pg. 6 y 7. En *Leviatán*, op. cit., pg. 241, se vincula la validez de los pactos a la constitución de un poder soberano que obligue o pueda obligar al cumplimiento de los mismos por parte de los súbditos.
- (2) Sobre este tema, vid. N.Bobbio, "Diritto e forza", *Rivista di diritto civile*, XII, n.6, 1966, pg.537-548, versión italiana de "Law and force", *The Monist* XLIX, n.3, 1965, pp.321-341. El artículo está recopilado en "Studi per una teoria generale del diritto", Torino, G.Giappichelli, 1970; ahora, en la trad. castellana, N. Bobbio "Contribución a la Teoría del Derecho", edición preparada por Alfonso Ruiz Miguel, ed. Fernando Torres, 1980, pgs. 335-348.
- (3) "Del Ciudadano", op. cit., cap. XIV, p. 7, pg. 222.

punitiva de la norma de Hobbes(1).

A.4.1.2.4. Teoría de las fuentes: supremacía de la ley.

"El legislador en todas las repúblicas es sólo el soberano; sea un hombre, como en la monarquía, o una asamblea de hombres, como en la democracia o aristocracia" (2).

La teoría legislativa del Derecho ha sido una de las tesis fundamentales del positivismo jurídico clásico, aunque hoy día esta teoría está profundamente revisada y transformada dentro del propio ámbito de las teorías jurídicas positivistas. El problema afecta a la teoría de las fuentes del Derecho, ya que esta doctrina considera la legislación como fuente preeminente del Derecho. Esta tesis se encuentra en Hobbes al criticar la doctrina jurídica del juez Coke (Coke fue un iusnaturalista conservador, de gran influencia en la Inglaterra del siglo XVII, defensor de la supremacía del derecho judicial); la polémica es un precedente de lo que será posteriormente la discusión crítica de Bentham y Blackstone (3). Como es bien sabido, el Common Law es el derecho con

---

(1) Se suele considerar a Ihering como el primer jurista que subrayó la importancia de la siguiente tesis: los destinatarios de las normas jurídicas no son los ciudadanos, sino los órganos del Estado encargados de ejercitar la coacción. Esta tesis ha sido reelaborada sucesivamente, cambiando algunas veces de terminología (normas primarias y secundarias), siendo considerada como una de las distinciones fundamentales de la estructura del Ordenamiento Jurídico. Sobre este tema se puede consultar, N. Bobbio, "Diritto e forza", op. cit., "Norme primarie e norme secondarie", en "Studi per una teoria generale del diritto", G. Giappichelli, Torino, 1970, pgs. 175-197, artículo que es reproducción de "Ancora sulle norme primarie e secondarie", Rivista di Filosofia, LIX, n. 1, 1968 pp. 35-53, reproducido también en "La Règle de Droit", Bruxelles, 1971, "Travaux du Centre National de Recherches de Logique", bajo el título "Nouvelles réflexions sur les normes primaires et secondaires", pp. 104-122. Hay trad. castellana, op. cit., pp. 317-332. El artículo es una reflexión sobre la obra de Hart, "The Concept of Law", op. cit., y sobre la de G. Gavazzi "Norme primarie e norme secondarie", Torino, Giappichelli, 1967. Este importante tema será tratado en profundidad más adelante, al examinar la estructura del Ordenamiento Jurídico en la obra de Hart.

(2) Leviatán, op. cit., cap. XXVI, pg. 348.

(3) La crítica de Hobbes a Coke se encuentra, en su mayor parte, en la obra "A dialogue ...", op. cit., independientemente de las tesis mantenidas en "De Cive", "Elementos ...", y "Leviatán".

sustudinario típicamente anglosajón, derecho de elaboración judicial ("judges make law") según el sistema del precedente obligatorio (1). El "Statute Law" es el Derecho legislativo, Derecho puesto por el poder soberano.

La exigencia de certeza en el Derecho es una de las consecuencias más inmediatas de la acentuación puesta sobre el Derecho legislativo del poder soberano, exigencia mantenida por Hobbes, anticipándose en numerosos aspectos al desarrollo teórico de la escuela analítica de Austin. Consecuencias de esta exigencia son : (2)

1) preeminencia del "statute law" como fuente del Derecho, sobre la costumbre y las decisiones judiciales (3). Como ha señalado Bobbio en la introducción a la edición castellana del "De Cive", una de las fuentes de limitación del poder soberano, característica peculiar del Ordenamiento jurídico inglés, era la supremacía de la ley común del país (Common Law), es decir, de las normas establecidas por la costumbre y dotadas de eficacia jurídica por el reconocimiento y la acogida de los órganos jurisdiccionales supremos sobre las leyes promulgadas por el soberano. Esta limitación pluralista, propia de la sociedad medieval, va a ser sustituida por una concepción voluntarista de la ley, de modo que cualquier otra norma jurídica -incluso las que constituyen la ley común- recibe su validez jurídica únicamente con la aprobación tácita o expresa del soberano (4).

---

(1) Un excelente estudio sobre el "precedente" en la teoría del Derecho inglesa se puede encontrar en "Precedent in English Law", Rupert Cross, Clarendon Law Series, Oxford, 1961.

(2) M.A. Cattaneo, op. cit., pg. 82 y ss.

(3) "Leviatán", op. cit., cap. XXVI, pgs. 346-368; "A Dialogue ...", op. cit., pg. 86 y 121-22; "Elementos ...", op. cit., cap. X, pgs. 361-369.

(4) "Conocido el legislador y suficientemente publicadas las leyes... falta todavía otra circunstancia muy material para hacerlas obligatorias. Pues la naturaleza de la ley no es la letra, sino la intención o el significado, esto es, su interpretación auténtica (que es el sentido del legislador) y, por tanto, la interpretación de todas las leyes depende de la autoridad soberana; y los intérpretes no pueden ser sino aquéllos que el soberano designe. Pues, en caso contrario, la astucia de un intérprete puede hacer que la ley muestre un sentido contrario al del soberano, con lo cual el intérprete se transforma en legislador", Leviatán, op. cit. p. 356. En este texto se encuentra la formulación clásica de la teoría declarativa de la interpretación, tesis mantenida durante largo tiempo por el positivismo jurídico, llegando a su apogeo en

crimen sine lege e nulla poena sine lege") (1). Como ha señalado M.A. Cattaneo, en Hobbes se encuentra el germen de la doctrina utilitarista y liberal (Bentham, Beccaria) de las penas, y el rechazo subsiguiente de las teorías retributivas (2).

A.4.1.2.5. La concepción del Derecho como mandato. Imperativismo y Voluntarismo.

"Y en primer lugar es manifiesto que la ley, en general, no es consejo sino mandato; y tampoco un mandato de cualquier hombre, sino sólo de aquél cuyo mando se dirige a alguien previamente obligado a obedecer" (3).

La concepción del Derecho como mandato es el punto fundamental que posteriormente asimilará la teoría del Derecho de Bentham y Austin;

- 
- (1) Es de destacar también, como consecuencia de la exigencia de certeza en el Derecho, las condiciones necesarias de conocimiento, escritura y publicidad de las leyes. Así, en "Leviatán", op. cit., pgs. 352 y ss.
  - (2) "El positivismo ...", op.cit.,pg.86. La filosofía jurídico-penal ha estado siempre presente en la obra de Hart, cuyo estudio podría ser objeto de otra tesis doctoral. Los estudios de Hart sobre este tema (teoría del castigo, teoría de la voluntad y la responsabilidad, etc.) se encuentran recogidos en "Punishment and Responsibility", Essays in the Philosophy of Law, O.U.P., 1ª ed.1968, Oxford. Para situar la filosofía jurídico-penal (que en Inglaterra constituye una de las partes principales de la filosofía del Derecho) de Hart en el contexto de la filosofía penal inglesa, vid. "The Philosophy of Punishment. A Collection of Papers edited by H.B.Acton", Macmillan, 1ª ed. 1969, London; "H.L.A.Hart and the Doctrines of Mens Rea and Criminal Responsibility", Richard A. Wasserstrom, The University of Chicago Law Review, vol. 35, 1967, pgs. 92-126; "La retribuzione penale nell'interpretazione e nella critica di Herbert L.A.Hart", M.A. Cattaneo, "Materiali per una storia della cultura giuridica", vol. IV, 1974, Il Mulino, pgs. 641-699.
  - (3) Leviatán, op. cit., pg. 347. La diferencia entre consejos y mandatos en el ámbito de la filosofía jurídica se puede encontrar en el pensamiento medieval bajo la distinción de "praeceptum" y "consilium"; la doctrina cristiana diferencia entre los preceptos obligatorios para la salvación eterna y los meros consejos para la perfección espiritual. Así, en Sto. Tomás: "Haec est differentia inter consilium et praeceptum, quod praeceptum importat necessitatem, consilium autem in optione ponitur eius cui datur" (Summa Theologica, I, a, II, ae,q.103,art.4). La distinción entre mandato y consejo se puede ver en N.Bobbio, "Sul Positivismo giuridico", op.cit.,p.214 y ss., al explicar la teoría imperativa de la norma; también vid.A.Ross "Lógica de las normas", Tecnos, 1971,p.49 y ss.(cito por la traducción de la ed.original,"Directives and Norms",Routledge & Kegan Paul, Londres, 1968).

es el punto clave del positivismo jurídico inglés, la tesis más característica de tres siglos de filosofía jurídica (1). Para Hobbes, como antes hemos visto, el Derecho es definido como un conjunto de normas que el soberano ordena o prohíbe respecto al comportamiento de sus súbditos: "Las leyes civiles no son sino los mandatos de quien en el Estado está revestido de la potestad soberana con respecto a las acciones futuras de los ciudadanos" (2). En esta definición predomina claramente una concepción imperativa del Derecho, definición éticamente neutral, definición formal que contiene la fuente (soberano) y la forma (mandato) de la ley, pero no su contenido. La definición de Hobbes que contiene la concepción del Derecho como mandato -concepción que se puede encontrar en numerosos pasajes de sus obras filosófico-jurídicas más importantes- se suéle oponer a la concepción del "municipal law" (derecho estatal) de Blackstone, iusnaturalista conservador del siglo XVIII de gran prestigio en Inglaterra: "A rule of civil conduct prescribed by the supreme power in a state, commanding what is right and prohibiting what is wrong" (3). Teniendo en cuenta esta definición, algunos autores han visto en Hobbes una vena iusnaturalista en la siguiente definición de la ley civil: "La ley civil es para todo súbdito el conjunto de reglas que la república le ha ordenado mediante la palabra, escritura u otro signo bastante de la voluntad, utilizar para la distinción de lo justo y lo injusto; esto es, de lo contrario y de lo acorde con la regla" (4). Sin embargo, como ha señalado Cattaneo (5),

- 
- (1) El capítulo XI de la obra de C.J. Friedrich "Die Philosophie des Rechts in Historischer Perspektive", 1955, en la traducción castellana del FCE, 1964, se titula (p.128) "El Derecho como mandato del soberano", capítulo que analiza la obra de Hobbes, Hume, Bentham y Austin. La crítica a esta concepción ha sido uno de los temas fundamentales de la revisión del pensamiento jurídico inglés por parte de Hart. El propio Hart ha dicho: "Bentham was certainly not the first to define law as a command: Hobbes, for example, had anticipated him in that, and even the despised Blackstone's definition of municipal law was in terms of command", "Bentham and the desmystification of the law", 36 Modern Law Review, U.K., 1973, p. 8.
- (2) "Del Ciudadano", op. cit., p. 130 (cap. VI, nº 9).
- (3) "Commentaries on the laws of England", XII, ed. London, 1793, vol. I, Introd., secc. II, p. 44. Esta definición será criticada posteriormente por Bentham.
- (4) Leviatán, op. cit., p. 347.
- (5) Cattaneo, op. cit., p. 114

la segunda parte de la definición de la ley civil se reduce a una tautología: el soberano manda lo justo (conforme a lo mandado); es decir, el soberano manda lo que ha mandado, y prohíbe lo que ha prohibido (lo injusto es lo contrario a lo mandado. "Right" y "Wrong" no tienen aquí un significado ético normativo como en Blackstone, sino un significado puramente formalista: no se puede decir que Hobbes reduce la moral a la fuerza, como parecería suponer en primer término, ya que él utiliza el término "justo" en un sentido totalmente distinto al uso común; una ley -según Hobbes- no puede ser injusta por definición, aunque pueda ser buena o mala según sea útil o no al bien común (1).

En "De Cive" dice Hobbes: "Pero, puesto que no se obedece a las leyes en razón de la cosa misma, sino de la voluntad de quien manda, la ley no es consejo, sino mandato, y se define del modo siguiente: la ley es el mandato de aquella persona, hombre o asamblea, cuya orden contiene en sí la razón de obediencia" (2). A modo de resumen, en esta cita podemos encontrar las principales tesis de la concepción del Derecho como mandato que podríamos enunciar de la siguiente forma:

1. El soberano determina lo justo y lo injusto al mandarlo o prohibirlo.(concepción legalista de la justicia).
2. La obediencia al mandato es independiente de su contenido y de su conformidad con la ley natural (Hobbes defiende una concepción de la ley natural que prescriba la obediencia a las leyes civiles).

---

(1) La diferencia radica en la peculiar terminología empleada por Hobbes: "... la definición de injusticia no es otra que el no cumplimiento del pacto, y todo aquello que no es injusto es justo" (Leviatán, op.cit.,p.240). Por otro lado, en la obra de Hobbes subyace una concepción legalista de la justicia: "... allí donde no hay República, nada es injusto, porque la naturaleza de la justicia consiste en el cumplimiento de pactos válidos, pero la validez de los pactos no comienza sino con la constitución de un poder civil suficiente para obligar a los hombres a su cumplimiento" (Leviatán, op.cit.,p.241). En este párrafo, aparte de la concepción formal del término "justicia", se vincula la validez del Derecho al Poder Político que subyace bajo las normas, concepción secularizada de las relaciones entre Derecho y Poder. Este tema fue tratado ampliamente por G.Peces-Barba en su curso de Doctorado (1979-80) en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, titulado "Relaciones entre Derecho y Poder", curso al que asistí y del que he obtenido alguna de las conclusiones que he expresado con anterioridad.

(2) "Del Ciudadano", op. cit., p. 218.



3. La diferencia entre consejo y mandato radica en el origen formal de quien lo formula: es mandato cuando la voluntad proviene del soberano.

A.4.1.2.6. La teoría jurídico-descriptiva de la soberanía.

La doctrina de la teoría jurídica de la soberanía es otro de los factores que van a influir de forma más directa en la obra de Bentham y Austin. Para Hobbes, el soberano de un Estado monopoliza el uso legítimo de la fuerza y de la producción normativa, sin estar sometido a las leyes civiles (1). Desde Bodino, la teoría de la soberanía había sido entendida como el elemento que distingue al Estado de otra forma de sociedad (2).

Dentro del proceso de unificación y secularización del poder en el Estado Moderno, el concepto de soberanía representa la aparición de un nuevo tipo de poder unificado y racionalizado en un nuevo modelo de organización política: el Estado. La unificación del poder político implica la refutación de las tesis medievales de los cuerpos intermedios. La secularización representa la supresión de la dependencia del

- 
- (1) Leviatán, op. cit., p.348. En Bentham y Austin, el concepto de soberanía experimenta un proceso de formalización teórico descriptivo aún mayor. Así, dirá Hart: "The terms that Bentham uses to define law are all flatly descriptive and normatively neutral: so whereas Hobbes had treated the commands of the Sovereign that make law as issued to those who are under an obligation to obey him, Bentham will have nothing of this antecedent obligation or the social contract alleged to generate it and defines the Sovereign merely in the flat terms of habits of obedience". 36 Modern Law Review U.K. (1973), pg. 8 .
- (2) La clásica definición de Bodino (autor al que la teoría del Derecho en Inglaterra no le concede importancia) es: "La soberanía es el poder absoluto y perpetuo de una república", Libro I, cap.VIII, p.46, "Los seis libros de la República", ed. Aguilar, selección, 1973, trad.cast. de "la souveraineté est la puissance absolue et perpétuelle d'une République", que en la traducción latina que Bodino realizó de su obra figura como "Maiestas est summa, in cives ac subditos legibusque soluta potestas", tomado de P. D'Entreves, op. cit., pg.120. El propio D'Entreves, al hablar del concepto de soberanía en Bodino, lo configura como un concepto jurídico, y no como una teoría política. Ed. original, "Les six livres de la République", ed. 1579, J. de Tournes, Lyon.

poder eclesiástico por parte del poder soberano, tanto de la Iglesia Universal de Roma como de las Iglesias nacionales reformadas (1).

Hobbes utiliza en "De Cive" (1.642) términos distintos como equivalentes, incluso en el mismo contexto: "summa potestas", "summum imperium", "dominium"; en el Leviatán (1.651) condensa la variedad de términos en una sola palabra: "sovereignty". Para Hobbes el concepto de soberanía implica la imposibilidad de su propia limitación jurídica. Si el soberano monopoliza la producción jurídica no puede, a sí mismo, imponerse limitaciones. Hobbes considera como errónea la doctrina que mantiene la tesis del sometimiento del poder soberano a las leyes civiles. "Es cierto —dice Hobbes— que todos los soberanos están sometidos a las leyes de la Naturaleza ... Pero el soberano no está sometido a las leyes que él mismo, esto es, la república, hace" (2).

El dios mortal de Hobbes, el Leviatán, debe ser dotado de fuerza y poder absoluto en su doble función de pacificación interna y externa, "non est potestas super terram quae comparetur ei" (3). Las notas del concepto de soberanía de Bodino —unidad, indivisibilidad del poder, carácter absoluto— se repiten en la obra de Hobbes. El Estado moderno

- 
- (1) En este sentido, es muy interesante el prólogo de N. Bobbio a la trad. castellana de "De Cive", op. cit., Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1966.
- (2) Leviatán, op. cit., pgs. 398-399
- (3) El "Leviatán" representa en la Biblia el nombre de distintos animales, caracterizados siempre por su poder y fuerza monstruosa. En el libro de Job (XL, 20) designa al cocodrilo o dragón, describiéndose en el cap. XLI su fiereza, la disposición de sus miembros y su dureza y soberbia. En los versículos 24 y 25 se compendian su orgullo y su fuerza portentosa afirmándose de él que "no hay poder sobre la tierra que se le pueda comparar, que fue criado para no tener temor de nadie; mira debajo de sí cuanto hay de grande, como quien es el rey de los más soberbios animales". La obra manuscrita del "Leviathan" que se encuentra en el Museo Británico, está precedida por una composición simbólica dibujada con tinta: en la parte superior del grabado se encuentra el versículo del libro de Job (XLI, 24) aplicado al monstruo; debajo aparece un gigante coronado, con la espada en una mano y el báculo en la otra. Su cuerpo, que está formado por numerosos hombres enanos (voluntad del legislador como integración de la voluntad de los súbditos), surge por encima del horizonte, dominando ciudades, aldeas, iglesias, fortalezas. En la base del grabado se encuentran dos series de emblemas, cada una de las cuales comprenden cinco cuadros que representan: un castillo y una iglesia, una corona y una mitra, un cañón y los rayos de la anatema, trofeos guerreros y tridentes silogísticos, una batalla y un concilio.

descansa, independientemente de su forma de gobierno, en la unidad política -unificación de los ordenamientos jurídicos inferiores y superiores al Estado en un ordenamiento estatal único, así como su independencia del exterior-, en la unidad jurídica -unificación de las fuentes del Derecho en la fuente de derivación exclusivamente estatal, esto es, la ley como expresión del mandato del soberano que ejerce el monopolio de la producción normativa (dependencia de las normas consuetudinarias de las legislativas) y en la eliminación del dualismo Iglesia/Estado y de la oposición Rey/Parlamento. Sin embargo, la soberanía para Hobbes no es voluntad arbitraria, ya que esta sometida a dos límites:

a. en primer lugar, un límite formal; la ley no puede ser creada por cualquier voluntad, sino sólo por aquella que haya sido autorizada para hacerlo, esto, es la voluntad del soberano representativo actuando como persona civitatis (1).

b. en segundo lugar, un límite más sustantivo, ya que el soberano legislador no puede actuar contradiciendo el motivo del pacto (criterio utilitarista que se repetirá en Bentham y Austin), a saber, el mantenimiento de la paz y la seguridad del pueblo. Por otro lado, se puede decir que la ausencia de obligaciones jurídicas por parte del soberano (2) no excluye la presencia de obligaciones morales a las que está sujeto el soberano.

Para P. D'Entreves, el concepto de soberanía de Hobbes es mucho más complejo que el de Austin. D'Entreves dice, refiriéndose al concepto utilizado por Hobbes: "no está basado en hechos, sino en principios: lo que "hace" al soberano no es la "obediencia habitual" sino la "autorización" ... la teoría hobbesiana de la soberanía es una descripción del Estado en términos de poder, no de poderío; constituye un intento de mostrar cómo el Estado puede ser entendido tan sólo como un sistema legalizado" (3). La legislación de la fuerza se produce a través del Derecho, que, a su vez, se apoya en la fuerza. Las relaciones entre el Derecho y el Poder en la obra de Hobbes se alejan de la concepción medieval de considerar al Derecho como un "espíritu sin fuer

---

(1) P. D'Entreves, op. cit., pg. 127

(2) Leviatán, op. cit., pg. 348; Cattaneo, op. cit., pg. 97.

(3) M.A. Cattaneo, op. cit., pg. 56.

za" y el Poder "una fuerza sin conciencia" (1).

A.4.1.2.7. Teoría de la obligación. Concepción formalista-legalista de la justicia.

Una de las consecuencias de la teoría formalista del Derecho ha sido la concepción legalista de la justicia, doctrina claramente iniciada por Hobbes. La concepción formal de la justicia es una teoría de la justicia para la que los actos justos son aquellos conformes a la ley, siendo injustos los que no se ajustan a ella. Como dice Bobbio "il giudizio etico consiste in un giudizio di conformità di un atto alla norma, onde buono è l'atto compiuto per adempiere alla legge, cattivo quello compiuto per trasgredirla" (2).

La concepción legalista-formal de la justicia no tiene en consideración la naturaleza y el fin del deber, sino tan sólo el cumplimiento del mismo. Dentro de esta teoría hay autores que diferencian entre una concepción convencionalista (Hobbes) y otra naturalista (Spinoza). En la primera, el concepto de justicia se fundamenta en el respeto al pacto y no en lo que cada uno puede hacer por naturaleza. Para Hobbes no existe justicia ni injusticia antes del pacto. Después del pacto, la justicia consiste en conservarlo ("... no podemos hacer injuria sino a la persona con quien pactamos ...") (3).

El fundamento del deber de obediencia al Derecho Positivo deriva para Hobbes del hecho de que la justicia coincide, por definición, con

- 
- (1) La construcción del concepto de soberanía en Hobbes tiene numerosas contradicciones. Una de las más señaladas es la paradoja de la autoperpetuación del poder soberano, producto de una visión deformada de la sociedad civil inglesa del siglo XVII; el modelo de una sociedad posesiva de mercado no tiene reflejo en la visión fragmentada e individualista de Hobbes. Una excelente reflexión sobre los límites de la teoría política de Hobbes se puede encontrar en el clásico libro de C.B. Macpherson, "The Political Theory of Possesive Individualism", 1ª.ed.1962, O.U.P., Oxford (hay trad. cast. en ed. Fontanella, 1970, "La teoría política del individualismo posesivo").
  - (2) N. Bobbio, "Giusnaturalismo e positivismo ...", op. cit., pg.81, "Sul Positivismo giuridico", op. cit., pg. 265 y ss.
  - (3) Del Ciudadano, III, p.4, pg. 87. Como antes habíamos visto, Hobbes establece una definición estipulativa de justicia; usa "justo" como "conforme a la ley", haciendo depender así el concepto de justicia de la voluntad del soberano.

con el Derecho positivo (1). En este punto es interesante recabar la tesis de Peters (2) en torno al problema de la obediencia en Hobbes; para Peters, el problema de la obediencia se puede dividir en dos motivos generales: en primer lugar, la propia voluntad de los ciudadanos como miembros originarios del contrato social (motivo de carácter lógico); en segundo lugar, un criterio de carácter utilitarista, a saber, la propia conveniencia en el mantenimiento del respeto hacia la ley como fuente de la paz y la seguridad (3). Sin embargo, es necesario hacer una matización analítica, tal y como se expone en el libro clásico de Warrender (4), al diferenciar entre el fundamento de la obligación (mantenimiento del contrato social) y el motivo (autoconservación y temor a la sanción).

- 
- (1) Una interpretación que atribuye un carácter moral absoluto a la obligación de obediencia a la ley de Hobbes se puede encontrar en Donati "Il rispetto della legge dinanzi al principio di autorità. Critica alla filosofia civile di Hobbes", Athenaeum, Roma, 1919, p. 32. También es peculiar la opinión de Kelsen sobre el deber incondicionado de obediencia al Derecho positivo basado en el Derecho natural como nota característica del pensamiento de Hobbes, en "The Natural Law Doctrine before the Tribunal of Science" en "What is Justice?", California University Press, 1957, pgs. 142-43.
- (2) R.S. Peters, "Hobbes", Pelican Books, Londres, 1956.
- (3) El trasfondo teórico de la moral en Hobbes es un trasfondo objetivista de tipo utilitarista, desdoblado en dos motivos: a. el propio deber moral de mantener los pactos -fuente de la justicia y b. el propio criterio utilitarista de mantener la paz y la seguridad bajo el temor de la sanción del soberano. Vid. M.A. Cattaneo, op. cit., p. 79 y ss. ("il fondamento dell'obbligo di obbedienza al diritto è per lui l'utilità prodotta del diritto e dallo stato").
- (4) Warrender, "The Political Philosophy of Hobbes (His theory of Obligation)", Clarendon Press, Oxford, 1957, p. 212 y 224. En Hobbes hay un cruce de las teorías contractualistas y utilitaristas. Un rechazo de las primeras en favor de las segundas lo encontramos en Bentham y Austin (por ejemplo, en "The Province of Jurisprudence Determined", ed. Hart, The Noonday Press, New York, 1954, conf. VI, pg. 378.

La teoría de la obligación en Hobbes, basada en una concepción legalista de la justicia, no es algo que deriva de su propia concepción materialista-mecanicista de la ciencia, ni de su teoría sobre la naturaleza psicológica del hombre (1). Las tesis hobbesianas, sobre todo las referentes a la obligación política, habría que enmarcarlas en el contexto de la sociedad inglesa del siglo XVII caracterizada por Mc. Pherson como una "sociedad posesiva de mercado" (2), sociedad en la que no existe una asignación autoritaria de trabajo o de compensaciones y en la que hay un mercado de trabajo además de un mercado de productos. La obligación política hobbesiana no parte de un estado de naturaleza abstracto, sino de una determinada clase de sociedad mer-

- 
- (1) Un excelente resumen de las tesis que superaron en su tiempo estas concepciones se encuentra en Mc. Pherson, op. cit., pg. 21 y ss.
- (2) Mc. Pherson, op. cit., pgs. 51 y 52, 61 y 62 82 y ss. La teoría política inglesa ha estado a menudo alejada por completo de la historia política y social y de todas las demás ciencias sociales cercanas al pensamiento político. El caso más sobresaliente es el de la economía. Berlín, uno de los máximos representantes de la teoría política inglesa, en su clásico ensayo sobre el concepto de libertad, menciona tan sólo dos veces el término "Propiedad". En este sentido, la tesis del canadiense Mc. Pherson fue revolucionaria en el ámbito académico anglosajón: este autor demostraba que no podía siquiera entenderse el significado de la libertad en Hobbes y Locke si no se tenían en cuenta sus nociones de propiedad. La libertad equivalía a la propiedad de la propia persona en una sociedad de mercado en la que aquel que vendía su habilidad (trabajo) cesaba por definición de ser libre y tenía derecho al voto político. Mc. Pherson estableció de forma definitiva que en el pensamiento inglés del siglo XVII, los conceptos de libertad y propiedad son inseparables. Una opinión contraria puede encontrarse en R. Polin "Politique et philosophie chez Thomas Hobbes", París, 1953, para quien Hobbes representa un concepto de moralidad aristocrática y no burguesa.

cantil que había derrumbado el orden jerárquico medieval y en la que era necesaria una teoría secularizada y racional de la obediencia política (1).

#### A.4.1.3. Bentham

##### A.4.1.3.1. Introducción.

La obra de Bentham representa la aportación más importante del positivismo jurídico inglés en el desarrollo y crítica del pensamiento jurídico. La aportación de Bentham hay que entenderla en un marco de unidad como jurista, moralista y político reformista; su influencia en la "Jurisprudencia" analítica contemporánea es hoy día mucho mayor

---

(1) La mayor parte de las interpretaciones de la obra de Hobbes han discutido en torno al ámbito de autonomía conceptual que tiene su teoría política. Para unos, las definiciones y conceptos usados por Hobbes están conectados lógicamente con su psicología "egoista" (David P. Gauthier "The Logic of Leviathan", Oxford, 1969) con el carácter general de su filosofía y de su método científico (J.W.N. Watkins, "Hobbes's system of Ideas, London, 1956; M.M. Goldsmith, "Hobbes's Science of Politics), o con su metafísica (Thomas A. Spragens, "The Politics of Motion: the World of Thomas Hobbes (Lexington, Kentucky and London, 1973). Para otros, las tesis y los argumentos de su filosofía política son independientes de su materialismo metafísico y de su metodología científica (L. Strauss, "The Political Philosophy of Hobbes", Oxford, 1936 y Oakeshott en su introducción a la ed. del Leviatán, 1966) Creo que la tesis de Mc. Pherson supera todas estas interpretaciones.

que lo que fue en su época (1).

Antes de resumir las principales características de su obra —a fin de tener un marco adecuado introductorio de las tesis de Hart— es necesario tener en cuenta el diferente significado que la polémica iusnaturalismo-positivismo tuvo en el Continente y en Inglaterra durante el siglo XVIII (2).

A comienzos del siglo XVIII, el iusnaturalismo tiene un significado distinto en el Continente predomina un iusnaturalismo democrático y revolucionario, propulsor del Iluminismo y de la Revolución Francesa, de la teoría de los derechos naturales subjetivos (Rousseau y Paine) y del individualismo y radicalismo político (3). Durante el siglo XVII los rasgos del iusnaturalismo más característico (racionalismo, radicalismo, individualismo) anunciaban, por tanto, las teorías iluministas del siglo XVIII. La primera dirección doctrinal del positivismo jurídico continental es la Teoría del Derecho de la Escuela Histórica (4),

- 
- (1) Hay que tener en cuenta que hasta 1945 no se descubre su obra, "The Limits of Jurisprudence Defined" (Columbia U.P., New York), descubrimiento del profesor Charles Everett (departamento de inglés de la universidad de Columbia). La obra estaba enterrada en los sótanos del University College de Londres, y representa la continuación de su obra más conocida "Introduction to the Principles of Morals and Legislation", ed. J.H. Burns y H.L.A. Hart, The Collected Works of J. Bentham University of London, The Athlone Press, 1970. La edición del profesor Everett no era completa; la versión definitiva ha sido publicada por el prof. Hart bajo el título "Of Laws in General" (título que el propio Bentham escogió en 1782), ed. Athlone Press, University of London, 1970, proyecto financiado por el "Bentham Publications Committee". De este descubrimiento, W. Friedman, a los tres años de su publicación, dijo: "The discovery and publication of this work shows beyond doubt not only that the most powerful of Austin's contributions to analytical jurisprudence must have been based on Bentham's teaching but also that Bentham has, in many respects, anticipated the discoveries of subsequent generation of jurists", "Jeremy Bentham and the Law", A. Symposium, Londres, Stevens & Sons Limited, 1948; parte 5, cap. 12, "Bentham and modern legal thought", p. 233-244.
- (2) En este punto, ver Cattaneo, op. cit., p. 123 y ss.
- (3) P. D'Entreves, op. cit., pg. 60 y ss.
- (4) Felipe González Vicén, "Sobre el positivismo jurídico", Sevilla, 1967, Libro homenaje al prof. Giménez Fernández, vol.II, ahora en "Estudios de Filosofía del Derecho", Univ. de La Laguna, 1980, pg. 171-205; "Savigny y la Ciencia del Derecho", Revista de Ciencias Sociales, Fac. de C.Judcas., Económicas y Sociales, Universidad de Chile, Valparaíso, 1979, nº.14, pgs.495-523, artº del prof. Agustín



positivismo de carácter conservador basado en una "voluntad histórica dirigida a la consagración de una estructura social y política concreta". Sin embargo, la reacción positivista al iusnaturalismo en Inglaterra tiene un significado diferente: el iusnaturalismo inglés del siglo XVIII es un iusnaturalismo profundamente conservador, conservadurismo que se puede encontrar en Burke (en su oposición a la tradición racionalista y democrática del iusnaturalismo continental basándose en la tradición del Common Law y en su sintomática admiración por el juez Coke). La especulación racionalista del iusnaturalismo continental no tiene lugar en Inglaterra. Como recuerda P. D'Entreves, "In Anglia mi nus curatur de iure naturali quam in aliqua regione de mondo" -según un antiguo comentarista de Bracton (1). En Inglaterra, el Derecho Nat ural es antirracionalista e historicista: "non ha il carattere di speculazione razionalistica che ha sul Continente, ma significa soprattutto un richiamo alla antiche tradizioni del paese, e una difesa dell'ordine esistente" (2). En la obra de Blackstone se radicaliza la defensa de la Constitución inglesa como incorporadora del Derecho Natu

---

(cont.) Squella; también vid. A. Hernández Gil, "Metodología de la Ciencia del Derecho", tomo I y II, Madrid, 1971, sobre la im portancia de la Escuela de la Exégesis en la construcción del positivismo jurídico.

(1) P. D'Entreves, op. cit., pg. 39

(2) M. A. Cattaneo, op. cit., p. 125.

ral (1). La reacción del positivismo jurídico inglés tiene un carácter progresista, reformista y codificador, guiado fundamentalmente por Bentham (reformismo parlamentario, reformismo penal-concepción utilitarista y liberal de la pena- en su crítica al Common Law. En este contexto histórico es donde debemos enmarcar la obra filosófico-jurídica de J.Bentham, situada en la corriente del Iluminismo (aunque no comparte las tesis mantenidas por los teóricos de los derechos humanos) y del Utilitarismo, movimientos paralelos de un mismo marco político cultural (2).

- 
- (1) Vid. H.L.A. Hart "Blackstone's use of the Law of Nature", *Butterworths South African Law Review*, 1956, p. 170, donde habla de un Blackstone "conservative and complacent". Asimismo dice: "It is clear that Blackstone's use of the law of nature in the defence of established institutions can only be properly understood if it is considered in conjunction with this great insistence upon the distinction between "mala in se" and "mala prohibita" ("matters in themselves indifferent"). For this exploitation of the law of nature in defence of the existing law very largely consist in the assertion that the institution which he is defending is just one of such "matters in themselves indifferent", and that since the law of nature has nothing to say against the institution or is not "contradicted" by it, there is no ground for criticism. This is a much more insidious use of the law of nature and, in Bentham's eyes, a much more corrupt doctrine than a defence of established institutions made by crudely asserting that they rest on or are derived from the law of nature. For, while appearing to submit legal institutions to some kind of rational criticism or test, in truth the test is wholly vacuous. And the gravamen of Bentham's charge is that, in spite of appearances, Blackstone has no tool of social criticism at all, since all that large part of the law which Blackstone characterises as consisting of "matters in themselves indifferent", necessarily passes the empty test to which he submits it though it would not have passed Bentham's test of general Utility". La cita es larga, pero resume excelentemente la posición conservadora del iusnaturalismo de Blackstone. Sobre este mismo tema, vid. "Aspects de la philosophie juridique de Sir William Blackstone", *Archives de Philosophie du Droit*, XV, 1970, pgs. 71-98, por Guy Augè.
- (2) Es curioso observar, que dos de las tesis principales de estos dos movimientos, la tesis de los derechos humanos y el principio de utilidad, se enfrentan en la actualidad en el ámbito de la discusión filosófico-política de Inglaterra y EEUU. Una visión crítica de la actual polémica puede verse en H.L.A. Hart "Between Utility and Rights", *The Idea of Freedom*, ed. Alan Ryan, O. U.P., Oxford, 1979, pg. 77-98 (hay trad. cast. "Entre el Principio de Utilidad y los Derechos Humanos", *Rev. Fac. Derecho de la Univ. Complutense*, Madrid, nº58, 1980, pg.7-28). Vid. también del mismo autor "Utilitarianism and Natural Rights", *Tulane Law Review*, vol.53, abril 1979, nº.3, pg.663-380 (hay trad.cast."Utilitarismo y Derechos Humanos" en el *Anuario de Derechos Humanos*, nº. 1.)

A.4.1.3.2. Separación Es/Debe en el Derecho, Jurista expositor y jurista censor, Derecho y Moral.

"Hay dos posiciones, una de las cuales ha de ser asumida por quienquiera que tenga algo que decir sobre una cuestión jurídica: la de expositor y la de censor. Al expositor corresponde explicarnos lo que la ley es, tal como la entiende; al censor, indicarnos lo que él cree que debe ser. Por eso, el primero se ocupa, principalmente, de determinar o inquirir los hechos; el segundo, de discutir las razones.

El expositor, manteniéndose en su esfera de competencia, no tiene relación con otras facultades de la mente que la percepción, la memoria y el juicio; el censor, en virtud de los sentimientos de placer y disgusto que la producen los objetos sometidos a su examen, se halla influido por sus afecciones. El ser del Derecho es, en los diferentes países, enteramente distinto, mientras que lo que debe ser es, en todos los países, muy semejante. Por eso, el expositor es siempre ciudadano de uno u otro país en particular, en tanto que el censor es o debe ser ciudadano del mundo. Al expositor corresponde exponer lo que el legislador y su subordinado, el juez, han hecho previamente; al censor le corresponde enseñar esa ciencia que al cambiar de manos se convierte en un arte, el arte de legislar" (1).

La cita es muy extensa, pero creo que ha merecido la pena transcribirla: el punto fundamental de la polémica Bentham/Blackstone radica en la distinción analítica entre el Derecho que es (función "expositora" del jurista) y el derecho que debe ser (función "censora"), tema que ya había sido anunciado por Hobbes al diferenciar el término "iniquidad" del término "injusticia" dentro de los límites de su peculiar

---

(1) J. Bentham, "Fragmento sobre el gobierno", ed. Aguilar, 1973, pg. 8 y 9. Existe una edición inglesa, "A Fragment on Government" de la ed. original (1776) a cargo de W. Harrison, Blackwell, Oxford, 1960.

terminología (1). Para Blackstone la validez del Derecho deriva de su conformidad con el Derecho Natural:

"... no human laws are of any validity, if contrary to (the law of nature); and such of them as are valid derive all their force, and all their authority, mediately or immediately from (it)" (2).

Bentham diferencia claramente dos posiciones: la función expositora, que presenta al Derecho tal y como es, (esta función es dividida por Bentham en dos ramas: la exposición histórica que expone el Derecho tal y como ha sido y la simple demostración que consiste en presentar al Derecho tal y como es en la actualidad (3). Por otro lado, la función censora, que consiste en indicar lo que el Derecho debe ser. El expositor trata de determinar los hechos; el censor discute las razones en favor de la crítica del Derecho existente (4).

Para Bentham, por tanto, la validez del Derecho depende de criterios fácticos, a diferencia de los criterios de Blackstone. Otra cosa

- 
- (1) Es interesante subrayar el paralelismo de la polémica Hobbes/Coke con el debate Bentham/Blackstone, como señala M.A. Cattaneo, op. cit., p.136: "La polémica di Bentham con Blackstone presenta un interessante parallelismo con quella, del secolo precedente, di Hobbes con Coke: in entrambi i casi abbiamo da un fatto un giurista sostanzialmente conservatore, soprattutto nella mentalità e nel metodo, difensore dei principi della common law (Coke e Blackstone), e dall'altro un autore di mentalità razionalistica, rinnovatore del metodo giuridico, critico severo della common (Hobbes e Bentham); da un lato una definizione di "diritto" eticamente orientata (Coke e Blackstone), dall'altro una definizione eticamente neutrale (Hobbes e Bentham)".
  - (2) Blackstone, "Commentaries on the Laws of England", XII ed., London, 1793, vol. I, Introduction, Secc. II, pg.41. Sobre Blackstone, vid. el art. cit., de G. Augé y la bibliografía que allí se cita.
  - (3) Fragmento, op. cit., pg. 28. La "demostración" comprende a su vez tres funciones: la sistematización (visión general de las instituciones) la narración (exposición del Derecho explícito) y la conjetura (interpretación del Derecho oscuro).
  - (4) Fragmento sobre el gobierno, op. cit., pg. 9

distinta es la reforma del propio Derecho, reforma que objetiva las consecuencias de este axioma fundamental: "la mayor felicidad del mayor número es la medida de lo justo y de lo injusto (1). Precisamente será Blackstone el jurista conservador que negará al Derecho toda capacidad de crítica, al identificar ser y deber ser, constitución británica e incorporación del Derecho Natural (para Blackstone el Derecho Natural viene a coincidir sustancialmente con el Derecho inglés). Por un lado Bentham criticará la posición "inconscientemente" revolucionaria de la negación de la validez de las leyes por su contradicción con la ley de Dios, y, por otro, la posición extremadamente conservadora de la identificación es/deber ser ( "everything is as it should be", frase atribuida a Blackstone por Bentham (2), independientemente de sus problemas de tipo teórico y lógico (3).

- 
- (1) Fragmento sobre el gobierno, op. cit., pg. 3; Bentham, al diferenciar estas dos funciones, no las separa tajantemente en compartimentos estancos. Si bien es muy clarificador tener en cuenta esta separación conceptual, "en un tratado que es en parte expositivo y en parte crítico, si la última parte resulta débil, síntoma de análoga debilidad deben caracterizar la primera". Fragmento ..., op.cit., pg.16. En su obra, "An Introduction to the Principles of Morals and Legislation", ed. Burns y Hart, The Athlone Press, Univ. of London, 1970, pgs.293-294, dice con gran claridad (diferenciando entre Teoría del Derecho y política legislativa): "A book of jurisprudence can have but one or the other of two objects: 1. to ascertain what the law is. 2. to ascertain what it ought to be. In the former case it may be styled a book of expository jurisprudence, in the latter, a book of censorial jurisprudence: or, in other words, a book of the art of legislation".
- (3) Una de las formas de la llamada "falacia naturalista" es la derivación de prescripciones a base de descripciones, es decir, de enunciados en los que figura el verbo "debe" a base de enunciados en los que figura el verbo "es". La bibliografía sobre este tema es tan abundante que simplemente señalamos, a título informativo, la contenida en el artículo "es-debe" del Diccionario de Filosofía de Ferrater Mora, vol.II, pg.969 y ss. La crítica de Bentham es subrayada por Hart en "Positivism and the Separation of Law and Morals", 71 Harvard Law Review, p.593-629, hay trad. cast. en "Derecho y Moral, Contribuciones a su análisis", ed. Depalma. Buenos Aires, 1962, trad. de Genaro A. Carró, p.1-64. La doble posición de obediencia y crítica queda resumida en su célebre frase: "Obedecer puntualmente; censurar libremente", Fragmento ..., pg. 11.
- (2) "Fragmento ...", op. cit., pg. 20

Bentham se presenta, pues, como el gran reformista político y social del siglo XVIII en Inglaterra, abarcando numerosos ámbitos (derecho penal, derecho civil, filosofía moral, filosofía política, etc.) aunque, realmente, la recepción de sus reformas no tendrá lugar hasta el siglo XIX, siendo rechazados la mayor parte de sus proyectos durante su vida. En el prefacio de su "Fragmento sobre el gobierno", obra que critica lúcidamente algunos de los puntos contenidos en la "Introducción" de la obra de sir William Blackstone titulada "Comentarios sobre las leyes de Inglaterra" -la obra de mayor influencia jurídica y política en su tiempo-, dice:

"... hace algún tiempo concebí el propósito de señalar algunos de los que a mí me parecen defectos capitales de la obra y, en particular, uno importante y fundamental: su antipatía por la reforma" (1).

En este mismo sentido, la crítica de Bentham a las teorías de los derechos naturales se basa en motivos epistemológicos y políticos; por un lado, Bentham, en base a la concepción de la función garantizada del Derecho -propia de una concepción liberal del mismo- no comprende la expresión "derechos naturales" como categorías anteriores a la formación del Estado (2). La crítica de Bentham a la Declaración de derechos de la Revolución Francesa se basa en argumentos de tipo analítico; sin embargo, no se puede ocultar los motivos políticos conservadores que subyacen a tal oposición, en cuanto que las teorías de los derechos naturales pueden ser revolucionarias -tal y como fueron en el Continente- contra el orden existente.

---

(1) Fragmento, op. cit., pg. 4

(2) La crítica se desarrolla en "Anarchical Fallacies", II tomo ed. Bowring. Sobre el significado actual de esta obra, "The Contemporary Significance of Bentham's Anarchical Fallacies", William Twining, ARSP, Bd. LXI/3 (1975), pgs. 325-355 y Melvin T. Dalger no "The Contemporary ... : A Reply to W. Twining", op. cit., pgs. 357-367

A.4.1.3.3. Teoría imperativa del Derecho. Clases de normas. Lógica deóntica.

"Every law, when complete, is either of a coercive or uncoercive nature.

A coercive law is a command.

An uncoercive, or rather a discoercive law is the revocation, in whole, or in part, of a coercive law" (1).

La teoría imperativa del Derecho, formulada por Hobbes en el ámbito de la Teoría del Derecho en Inglaterra, define a la norma jurídica en función de su estructura y no de su contenido. Según esta concepción imperativa del Derecho la norma jurídica tiene la estructura formal de un mandato, concepción que está estrechamente unida a la doctrina estatal legalista que considera al Estado como única fuente del Derecho, siendo la norma jurídica la expresión exteriorizada de su poder normativo (2).

La versión clásica de la teoría imperativa del Derecho se encuentra en la obra de Austin en su forma más sencilla. Sin embargo, el pensamiento jurídico de Bentham es mucho más complejo e innovador (3), siendo necesario por ello un análisis más pormenorizado de su contenido. En el primer capítulo de "Of Laws in General" dice Bentham: "A

---

(1) "Introducción ...", pg. 302 ("Concluding Note").

(2) La concepción "imperativa" del Derecho es muy anterior a la formulación del positivismo jurídico. Así, Bobbio la sitúa en el pensamiento jurídico romano (Cicerón y Modestino); durante la Edad Media se puede encontrar la clásica distinción entre "mandato" y "consejo" ("praeceptum" y "consilium") en la obra de Sto. Tomás. Es en la Edad Moderna cuando la distinción adquiere especial relieve en la obra de Hobbes (cap. XIV del "De Cive" y cap. XXV del "Leviatán") y Thomasius. Vid. Bobbio "Il Positivismo giuridico", Giappichelli Editore, Torino, 1979, pg.214-216. Para la distinción entre mandato y consejo, op. cit., pg.216 y ss. .

(3) Así dice Hart: "... what chiefly differentiates Bentham from Austin and makes him so interesting a philosopher of law is that he was a conscious innovator of new forms of enquiry into the structure of law, and that in which no other writer on these topics does. Hence it is not only jurists but philosophers and logicians who will find some striking anticipations in this book, not only

law may be defined as an assemblage of signs declarative of a volition, conceived or adopted by the sovereign in a state, concerning the conduct to be adopted in a certain case by a certain person or class of persons who in the case in question are, or are supposed to be, subject to his power" (1).

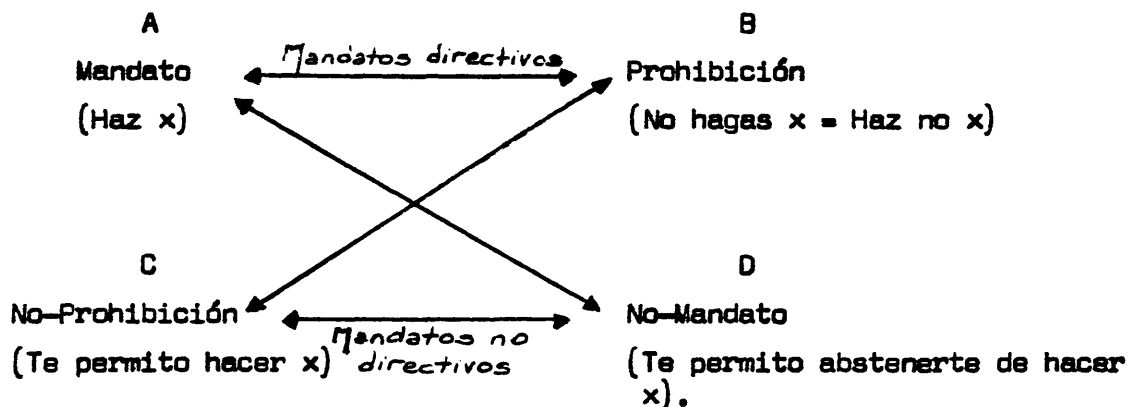
La idea del Derecho como expresión de la voluntad del soberano implica a su vez la concepción imperativa del Derecho, es decir, la doctrina del Derecho como mandato, concepción que se puede considerar como la tesis más conocida de la Jurisprudencia Analítica (2). Sin embargo, aunque la idea y definición del Derecho incluye la idea de mandato, no se puede decir que en Bentham existe una identificación entre ambos conceptos (3). La expresión de la voluntad del legislador puede manifestarse bajo cuatro aspectos opuestos y concomitantes, relacionados lógicamente entre sí (4). Reproducimos un cuadro esquemático en el que se resumen las relaciones lógicas de las cuatro modalidades deónticas propuestas por Bentham:

---

(cont.) of modern legal theories but of modern methodology and even logical doctrines". H.L.A.Hart, "Bentham's "Of Laws in General", *Rechtstheorie*, 2 Band 1971 Heft 1, Duncker & Humblot, Berlín, pg. 49.

- (1) "Of Laws in General", op. cit., 136 n.f.
- (2) Sobre este tema, así como para la noción de "soberanía", es clarificador el cap.4 de J.Finch, "Introducción a la teoría del Derecho", ed.Labor, 1977, pg.97 y ss. (trd. de F.Laporta del original inglés "Introduction to legal theory", Sweet & Maxwell, London, 1974).
- (3) Así lo señala Hart en su artículo citado en N.sup, pg. 60.
- (4) Estos aspectos constituyen para Hart el fundamento y base de una lógica imperativa o deóntica, en la que cada uno cumpliría las funciones de un operador. Bentham se adelantó así a las actuales investigaciones y desarrollos de la lógica deóntica. El propio Bentham llamó a esta lógica, "the logic of the will" (O.L.G. 15n) o "the logic of imperation" (PML, 229 n.b.). Hart concluye diciendo: "For although there are scattered hints of the possibility of a logic of imperatives in the works earlier logicians from Anselm to Leibniz, Bentham's articulation of it seems to have been quite without a forerunner", op. cit., p.61. En este mismo sentido, V.J.S. Brito, "Relire Bentham. A propos de l'edition de "Of Laws, in General" de Bentham par Hart", "Archives de Philosophie du Droit", 1972, tomo XVII, pgs. 451-472, especialmente pgs. 458-462, apartado titulado "La logique de la volonté".





Cada operador deóntico incluye solamente otro, excluyendo al ser formulado los otros dos (por ejemplo, A excluye B y D, incluyendo C; B excluye A y C, incluyendo D). La estructuración formal de los cuatro operadores deónticos constituye solamente el presupuesto necesario para la construcción de una teoría de las normas que defina y sistematice su estructura lógica. Como presupuesto necesario para la reconstrucción conceptual de la teoría de las normas, Bentham elabora una compleja teoría de la acción (1). La formalización de la estructura de la norma jurídica en los cuatro operadores deónticos implica una teoría imperativa del Derecho: todas las normas mandan, prohíben o permiten alguna forma de conducta humana (2). Asimismo, todas las normas implican delitos civiles o penales (el término que utiliza Bentham es "offences", entendiendo por tal término tanto los "civil wrongs" co

(1) Para una descripción formalizada de la teoría de la acción y de las normas en Bentham, vid, J. Raz "The Concept of a Legal System", Oxford, 1970, reeditado en 1973 (con revisión), p. 50-60. Es en "Of Laws in General" donde Bentham expone sus puntos de vista sobre la estructura de las normas, especialmente en las pgs. 93-97. Para Raz, la versión de Bentham sobre la estructura formal de las normas "is the best available analysis of the structure of a law by a legal philosopher of the imperative school", p. 55.

(2) Así dice Hart: "Bentham's account of the basic structure of a law in terms of the four possible aspects of the law-givers will commits him to the view that there are no laws which are not imperative or de-imperative, that is, permissive", Hart, op. cit., pg. 63

mo los "cámines"), cuya consecuencia lógica es la sanción jurídica formulada por Bentham bajo la noción general de "castigo" (1).

El carácter imperativo/permisivo de las normas no tiene por qué ser expresado bajo un lenguaje imperativo: para Bentham cabe la formulación de normas expresadas en un lenguaje descriptivo que aparentemente podrían darnos una visión no imperativa del Derecho (por ejemplo, el derecho de propiedad) (2). Sin embargo, bajo tal apariencia, señala Bentham una estructura imperativa (3). Asimismo, la diferenciación entre Derecho Civil y Derecho Penal no radica en una diferencia estructural, sino en la diferente exposición de ambos Derechos. Como dice Hart, resumiendo la tesis principal de este apartado, "the distinction between imperative and non-imperative law or between penal and civil law lies in the way in which for convenience of exposition different parts of the laws, all of which are imperative, are separated, collected and arranged. Bentham's defence of the imperative theory of law is by far the most powerful, detailed and profound that we have" (4).

- 
- (1) A veces el Derecho no provee sanciones jurídicas que correspondan a los actos antijurídicos ("offences"), "but relies on the promise of rewards or on the so-called external sanctions of morality or religion", Hart, op. cit., pg. 63
- (2) "Of Laws ...", pg. 105-6; 178-9; 180-1; 302-3
- (3) Este punto es subrayado por Hart: "Bentham in effect offers a demonstration that underlying the surface appearance of the law as it is usually formulated in statutes, codes or treatises, where it may, appear as if it were employed solely in giving descriptions, there is always and underlying basic structure which is imperative. Into this if need be the surface formulations can be resolved so that every legal provision can be shown to belong to to same imperative law". La estructura imperativa del Derecho se demuestra también al describir la institución jurídica de la propiedad, basada en una norma imperativa apoyada en sanciones que prohíbe las interferencias de todos aquellos "except those persons who have acquired some title to the property", Hart, op. cit., pg. 64.
- (4) Hart, op. cit., p. 65

El Derecho tiene, pues, una estructura imperativa; las normas jurídicas son mandatos que imponen deberes, concepción que influirá claramente en la obra jurídica de Austin y de la Jurisprudencia (Teoría del Derecho) analítica, así como en la obra de Hart, aunque el propio Hart someterá esta doctrina a una profunda revisión de la que surgirá una nueva concepción estructural del Derecho (1)

#### A.4.1.3.4. Plenitud del Ordenamiento Jurídico.

Bentham es un pensador típico del iluminismo cuya obra tuvo enorme influencia, tanto en Europa como en América. Su obra debe quedar enmarcada en el proceso de codificación, cristalización objetiva de la lucha contra la formación judicial del Derecho y contra la incertidumbre del Common Law en Inglaterra (2). La tesis de la Codificación po-

- 
- (1) Hay tres tesis fundamentales del positivismo jurídico inglés que han sido subrayadas por Hart y que podríamos resumir de la forma siguiente: a) no existe una conexión necesaria entre el Derecho y la Moral, entre el Derecho que es y el Derecho que debe ser.  
b) las leyes son mandatos del soberano (teoría imperativa del Derecho).  
c) un estudio analítico de los conceptos jurídicos es tan importante para comprender la naturaleza del Derecho como los estudios históricos y sociológicos, aunque por supuesto no puede reemplazarlos; (v. Hart, "El positivismo jurídico y la separación entre el D<sup>o</sup> y la Moral", Depalma, op.cit., p.15).
- (2) El proceso de elaboración del Common Law por los Tribunales Reales de Justicia tiene una gran expansión en Inglaterra a partir del siglo XIII. Poco a poco el Derecho inglés se va constituyendo como un Derecho de estructura dual: junto a las normas del Common Law formuladas por los Tribunales Reales de Westminster, llamados también Tribunales de Common Law, están las normas de la "equity", que complementan y corrigen paralelamente las normas del Common Law, aplicadas hasta 1875 por el Tribunal de la Cancillería (la "equity" se elabora a partir del siglo XVI). A partir de la segunda mitad del siglo XVIII (época de Bentham) se produce un hecho importante desde el punto de vista jurídico: el Derecho Mercantil, que hasta entonces constituía un privilegio de la clase comerciante, extraño al Derecho Civil, queda absorbido por el C.L. en un proceso de unificación civil y mercantil. Vid.

dría ser dividida en tres fases (1):

1. En primer lugar, Bentham se propuso una reforma y reorganización sistemática del Derecho inglés en varias ramas, reorganización que trataba de sistematizar un Derecho inglés no codificado, casuístico, basado en el sistema del "precedente obligatorio" (2). La pretensión codificadora de Bentham es similar, en su crítica a Blackstone, a la mantenida por Hobbes contra la tesis de Coke.

2. En una segunda fase, Bentham proyectó una compilación del Derecho inglés que debía haber contenido las reglas de Derecho que constituirían los principios fundamentales del Ordenamiento Jurídico Inglés.

3. Por fin, una tercera fase —a partir de 1811— en la que proyecta una reforma radical del Derecho mediante una codificación completa que sistematizaría todo el material jurídico en tres partes:

- a) derecho civil
- b) derecho penal
- c) derecho constitucional.

La pretensión de Bentham en favor de la Codificación va unida a la crítica del C.L., es decir, a la crítica de la tesis de la forma-

---

(cont.) C. Kemp Allen, "Law in the Making", 7ª ed., 1963, Clarendon Press, Oxford (hay trad. cast. "Las Fuentes del Derecho Inglés", a cargo de Antonio Ortiz García, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1969); R. David, "Les grands systèmes de droit contemporains (droit comparé)", Dalloz, París, 1967 (hay trad. cast. de Pedro Bravo Gala, "Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos", Ed. Aguilar, Madrid, 1973).

- (1) La tesis contraria será mantenida por Blackstone cuya influencia en Inglaterra será mucho mayor que la producida por Bentham durante el s. glo XVIII y comienzos del XIX. La obra clásica de Blackstone, "Comentarios ...", describe al Derecho inglés vigente de la segunda mitad del siglo XVIII. Las fases de la Codificación han sido enunciadas por N. Bobbio, "Sul Positivismo giuridico", op. cit., pg. 105 y 106.
- (2) Sobre la institución del "precedente" en Inglaterra, v. R. Cross "Precedent in English Law", Oxford, 1961, donde plantea interesantes problemas de la teoría del Derecho.

ción y creación judicial del Derecho. En el prefacio a su obra "An Introduction ...", Bentham dice:

"Common Law, as it styles itself in England, judiciary law, as it might more aptly be styled every where, that fictitious composition which has no known person for its author, no known assemblage of words for its substance, forms every where the main body of the legal fabric: like that fancied either, which, in default of sensible matter, fills up the measure of the universe. Shreds and scraps of real law, stuck on upon that imaginary ground, compose the furniture of every national code. What follows? - that he who, for the purpose just mentioned or for any other, wants an example of a complete body of law to refer to, must begin with making one" (1).

Siguiendo a Bobbio, destacamos cinco puntos principales de la crítica realizada por Bentham al C.L.: (2)

1. Incertidumbre del C.L.: la previsión por parte del ciudadano de las consecuencias jurídicas de sus propias acciones es para Bentham una exigencia fundamental del Derecho, certeza que no puede ser asegurada dejando la creación del Derecho al arbitrio de la discrecionalidad del juez (3).

2. Retroactividad del C.L.: la creación judicial del Derecho viola una exigencia fundamental del pensamiento jurídico liberal, a sa

---

/1) "An Introduction ...", preface, p. 8

(2) N. Bobbio, op. cit., p. 108 y ss.

(3) Este punto será reelaborado por Hart al defender la tesis del positivismo jurídico actual de la discrecionalidad judicial, tesis a la que se opone el representante actual del iusnaturalismo anglo-americano más importante y sucesor de Hart en Oxford, R. Dworkin (la discusión de este punto será tratada en otro lugar de la tesis). La certeza en el Derecho es un principio de la teoría liberal del Derecho defendido ya por Bacon y Hobbes, Montesquieu y Baccaria. Para M.A. Cattaneo, la "certeza" en Bentham es un principio ético-político, unido estrechamente al principio de utilidad; (op. cit., p. 188 y 189).

ber, la irretroactividad de la ley, ya que el juez, al crear Derecho "ex novo", regula jurídicamente un comportamiento que se ha llevado a cabo cuando no existía ninguna sanción jurídica aplicable.

3. Ausencia del principio de utilidad en la creación judicial del Derecho (basado en el "precedente" o en la "analogía"), principio presente en la formación y creación legislativa del Derecho. Es curioso observar una cierta contradicción en esta tesis: el argumento principal de Bentham contra la retroactividad del C.L. se basa en la incertidumbre que produce la creación judicial del Derecho; sin embargo, al reivindicar el principio de utilidad en la formación del Derecho, niega a los jueces cualquier criterio de discrecionalidad al estar sometidos al precedente y a la analogía.

4. Falta de competencia y conocimientos jurídicos que los jueces pueden tener al enfrentarse con un caso controvertido, competencia jurídica que el legislador puede suplir al formarse comisiones específicas para la redacción de las leyes y los códigos.

5. La creación judicial del Derecho es una creación antidemocrática y no sujeta al control de los ciudadanos, control que puede ser llevado a cabo mediante la creación de leyes aprobadas por el Parlamento (1). Esta misma característica del pensamiento crítico de Bentham ha sido subrayada por Cattaneo: al hablar de la crítica de Bentham al C.L., señala dos motivos principales; uno, la búsqueda de certeza en el Derecho; el otro, "il motivo democratico fondato sulla opposizione all'idea di attribuire un potere ampio, in materia legislativa, a un corpo politico alla cui formazione il popolo è totalmente estraneo" (2)

---

(1) Muchos de los argumentos expuestos o discutidos por Bentham son retomados en la actual discusión de las tesis del positivismo jurídico. Así, vid. H.L.A. Hart "El nuevo desafío al positivismo jurídico" Sistema nº 36, 1980, p. 3-18

(2) M.A. Cattaneo, op. cit., p. 188

#### A.4.1.3.5. Teoría de la soberanía.

La base de la concepción imperativa del Derecho consiste en la conexión conceptual del Derecho y el Poder soberano. No se puede comprender el Derecho sin explicar en qué consiste el Poder soberano. El Derecho, es, precisamente, el conjunto de normas (mandatos) emitidos por un poder soberano (nos estamos refiriendo a la tesis de Bentham).

Al estudiar la concepción imperativa del Derecho nos detuvimos en una definición de las leyes propuestas por Bentham que consistía en considerarlas como conjuntos o "ensamblajes de signos declarativos de una voluntad concebida o adoptada por el soberano de un Estado, relativa a la conducta que ha de observarse en cierto caso, por cierta persona o clase de personas, que en el caso en cuestión están o se suponen que están sujetos a su poder" (1). La relación conceptual entre Derecho y soberano es, pues, imprescindible para comprender la naturaleza del Ordenamiento Jurídico.

¿ Cuáles son las características esenciales del concepto de soberanía tal y como es construido por Bentham ? En el "Fragmento sobre el gobierno", dice:

"Cuando cierto número de personas (que podemos denominar súbditos) tienen el hábito de obedecer a una persona o a una asamblea de personas que reúnan ciertas características (a quienes podemos llamar gobernante o gobernantes), el conjunto de todas (súbditos y gobernantes) vive en estado de sociedad política" (2).

La diferencia entre la sociedad natural y la sociedad política reside precisamente en la presencia de un hábito de obediencia (3).

---

(1) La misma definición de Bentham ("Of Laws...", ed.Hart, Athlone Press, cap.1, p.1) es recogida por J.Finch, p.101, op.cit.

(2) "Fragmento ...", op. cit., p.47. Por "soberano" entiende Bentham "toda persona o conjunto de personas a cuya voluntad se supone no importa por qué, toda una comunidad política está en disposición de prestar obediencia; y ello en preferencia a la voluntad de cualquier otra persona" ("Of Laws...", op. cit., cap.2, p.18, recogido por J. Finch, op. cit., p. 101).

(3) El "hábito de obediencia" es definido por Bentham como un conjunto

Bentham define la soberanía en términos neutrales, descriptivos; su concepción se separa de la teoría de la soberanía de Hobbes, ya que éste, si bien sienta las bases para una concepción jurídico-descriptiva, sigue considerando a los súbditos sujetos a la obligación moral de obediencia al soberano (1). Al menos, en este sentido, comparando el concepto de Bentham con la concepción de Hobbes, se puede decir que el concepto benthamita es descriptivo (2).

Tanto para Hobbes como para Austin, la noción de soberano nunca

---

(cont.) to de actos de obediencia, concepto que incluye las omisiones voluntarias. Una explicación detallada se encuentra en el "Fragmento ...", op. cit., p. 48-51

- 3
- (1) Así, dice Hart: "... whereas Hobbes had treated the commands of the Sovereign that make law as issued to those who are under an obligation to obey him, Bentham will have nothing of this antecedent obligation or the social contract alleged to generate it, and defines the Sovereign merely in the flat terms of habits of obedience", "Bentham and the demystification of the law", 36 Modern Law Review, 1973, p.8. El carácter jurídico-descriptivo del concepto de soberanía es destacado por Cattaneo al referirse a la obra de Bentham, op. cit., p. 183-185, en oposición al carácter político-prescriptivo del iusnaturalismo. Mientras que en Hobbes coexiste una concepción contractualista y una concepción utilitarista de la obediencia -como en Locke y Beccaria-, en Bentham encontramos un utilitarismo radical y crítico del contrato social como origen y justificación del poder. El fundamento de la obediencia al Derecho en Hobbes está formado por elementos contractualista y utilitaristas. La teoría del contrato social ha desempeñado a lo largo de la historia del pensamiento social y político una doble función: por un lado ha explicado el origen del poder político, por otro, ha tratado de justificar y fundamentar la obligación política y jurídica. Bentham no se va a plantear el origen de la sociedad política como problema teórico, sino que lo va a dar por supuesto. La existencia de la sociedad política se fundamenta en el hecho empírico de un hábito de obediencia, caracterización que alude el problema teórico de la explicación de la formación de la sociedad política. Bentham se enfrenta con el problema de la fundamentación de la obligación jurídica rechazado -como hizo Hume- las teorías del contrato social como legitimadoras de la sociedad política (Bentham expone estos puntos de vista en el Fragmento, op. cit., p. 61 y ss). Bentham, al referirse a las teorías contractualistas, dice: "Se afirmó, pues, la existencia, entre el rey y su pueblo, de un contrato cuyo contenido era el siguiente: el pueblo prometía al rey una obediencia general, y el rey, por su parte, prometía gobernar al pueblo de manera tal que promoviese su felicidad" (Fragmento ... p.65). Ahora bien, y como el propio Bentham se preguntó, ¿cuál es la razón por la cual se deben mantener las promesas?. La respuesta de Bentham es inmediata: "el beneficio obtenido y el perjuicio evitado por su observancia compensan sobrada



implica su limitación jurídica (1); en Bentham, si bien encontramos este principio, cabe la limitación jurídica en determinadas circunstancias: "... no puede atribuirse ningún límite la autoridad del cuerpo soberano, salvo que esté limitado por convención expresa. Decir que hay actos que no puede llevar a cabo; hablar de ilegalidad o nulidad de un acto, o de exceso de autoridad (en cualquier contexto), de exceso de poder o de competencia, constituye -aunque sea corriente tal cosa- un abuso del lenguaje" (2).

---

(cont.) mente el perjuicio que puede causarse para obligar a los hom-  
1 bres a cumplirlas (Fragmento ... p.67. En la obra de Bentham beneficio y perjuicio significan placer y pena, cuestiones de hecho medibles mediante la evidencia, observancia y experiencia). Más adelante continúa diciendo:  
" ... de un lado, los reyes deben, al gobernar, mantenerse dentro de lo establecido por las leyes y (hablando en general) abstenerse de todas aquellas medidas que tiendan a la infelicidad de sus súbditos deben obedecer a los reyes en tanto estos se conduzcan en la forma dicha, o, en otras palabras, porque los súbditos deben obedecer en tanto que el probable perjuicio de la obediencia sea menor que el probable perjuicio de la resistencia, ya que si se considera la comunidad entera, su deber de obedecer llega sólo hasta allí donde llega su interés y no más" (Fragmento ... p.68). Como ha señalado Cattaneo -op.cit., p.178-, en este párrafo se configura la posibilidad de un derecho de resistencia ajeno al contenido clásico de este concepto y basado en un cálculo utilitarista, derecho que no encontramos en la obra de Hobbes -al menos, formulado de forma tan explícita-. Para un examen más detallado de este concepto en la obra de Bentham, vid. Cattaneo, op.cit., p.180 y ss., quien fundamenta la obediencia al Derecho -al referirse a Bentham- en el principio de utilidad: "egli attribuisce invece un valore al diritto soltanto in quanto esso sia rivolto all'utilità, sia produttivo di felicità, e quindi fa dipendere anche il dovere di obbedienza da questo" (p. 182). Una crítica de las teorías contractualistas también puede verse en J.Austin, "The Province of Jurisprudence Determined", ed. H.L.A.Hart, Library of Ideas, Londres, 1954.

(pag. anterior 2) Uso el término "descriptivo" en un sentido muy general, haciéndolo coincidir con el término "declarativo". Ahora bien, como ha señalado Wittgenstein, un lenguaje descriptivo (o aparentemente descriptivo) puede ser usado con propósitos no descriptivos, como sucede a menudo con el lenguaje político y jurídico. Por otro lado, el filósofo Austin (que no hay que confundir con el jurista Austin) ha indicado cómo la fuerza locucionaria del lenguaje -que, en principio podríamos identificar con la descripción- puede quedar envuelta en algún lenguaje no estrictamente descriptivo, ya que una "locución" representa, al mismo tiempo, una fuerza "ilocucionaria".

- (1) Al estudiar la obra de Austin haremos frecuentes comparaciones con las tesis de Hobbes y Bentham a fin de intentar clarificar las diversas matizaciones de cada autor. Con todo, la crítica del

Es decir, si bien se proclama el principio de la ilimitación jurídica del soberano, este principio queda sometido a una serie de excepciones que configuran la limitación jurídica del soberano por un "pacto expreso". Ahora bien, para Bentham, la limitación jurídica de la soberanía es correlativa al hábito y disposición limitada de obediencia; como dice Hart, al referirse a Bentham: "... the importance of an express convention in limiting the authority of a supreme legislature was derived from the more fundamental fact of the subjects limited habitual obedience" (1). La correlación, por definición, es recíproca: la existencia de limitaciones -por convención expresa- en el hábito de obediencia, implica la limitación jurídica del poder soberano, si bien no hay una distinción clara entre limitación "de facto" y limitación "jurídica" (2).

---

(cont.) imperativismo y de la concepción de "soberanía" en términos  
1 de hábitos de obediencia llevada a cabo por Hart, no es una crítica dirigida contra un autor determinado, sino contra un modelo típico deducible del pensamiento jurídico positivista inglés.

(pag.ant.) "Fragmento ...", op.cit., p.115. La limitación por convención expresa puede ocurrir, siguiendo a Bentham, en dos casos: o bien un Estado "se somete mediante tratado al gobierno de otro", o bien un número de Estados independientes acuerdan constituirse en una unión federal, fijando una legislatura federal con una autoridad soberana limitada sobre los Estados constituyentes. Por otro lado, el control judicial de las disposiciones normativas no fue tenido en cuenta por Bentham debido al origen antidemocrático del poder judicial. V. "Fragmento ...", p. 117 y 118: "Deseo a los jueces el poder de anular sus actos y se transferirá una porción del poder supremo de la asamblea en cuya elección el pueblo ha tenido, al menos, alguna participación, a un grupo de hombres en cuya elección no ha participado en absoluto, a un grupo de hombres designados únicamente por la Corona..."

(1) "Bentham on Sovereignty", The Irish Jurist, N.S. 2 (1.967), pg. 331.

(2) Para Hart, el criterio de la "obediencia limitada" no es ni suficiente ni necesario para la existencia de una legislatura limitada. Así, dirá: "Disobedience may show that a Constitution is beginning to fall apart; obedience may be the first stage of a process leading gradually to the transformation of a constitution in which the supreme legislature is restricted to one where it is unrestricted. But legal limitations on legislative power and limited obedience are not simple correlatives, as Bentham seems to have thought", Hart, op. cit., p. 335.

Para Bentham, la relación entre soberano y súbdito es una relación jerárquica entre superior e inferior, una relación de poder y sujeción. El concepto de soberanía en Bentham es mucho más flexible que la noción de Austin de este concepto. La flexibilidad del concepto se debe en parte a la falta de una fijación clara y delimitada de sus rasgos conceptuales por parte de Bentham. Así, dice Raz, refiriéndose al concepto originario de soberanía de Bentham: "No dió ninguna explicación de la soberanía dividida. No sugirió ninguna manera de decidir cuando cierto poder jurídico es parte de un poder soberano, y si lo es, de cual. Ni explicó cuáles son las relaciones, si hay algunas, entre los viejos poderes que constituyen un poder soberano. Igualmente tampoco explicó satisfactoriamente cómo puede ser limitada jurídicamente la soberanía. Puso atención en ciertos fenómenos jurídicos que no pudo conciliar con la teoría de que en todo sistema jurídico hay un soberano individual e ilimitado, y en consecuencia se rehusó a suscribir tal teoría (1). La indivisibilidad e ilimitabilidad serán las dos características fundamentales del inflexible y rígido concepto de soberanía en la obra de Austin.

Para Bentham, el concepto de ley implica la autoridad de un soberano para respaldarla, ya sea por definición o cuando el propio soberano emitió su formulación —o solamente por adopción— cuando no es el propio soberano quien la emite inmediatamente, sino otra persona; el soberano la adopta, bien antes de su emisión —preadopción—, bien después —subrogación—. Como dice J. Finch: "... el soberano, aunque es directamente responsable de la creación de algo del Derecho positivo, también asume o adopta órdenes emitidas por otros" (2). La validez de los actos jurídicos adquiere su carácter en función del respaldo de la autoridad del soberano. Refiriéndose a los mandatos emitidos por dis-

---

(1) Cita de J. Finch, op. cit., p. 103. La cita es tomada de J. Raz "The Concept of a Legal System", O.U.P., 1970, p. 10.

(2) J. Finch, op. cit., p. 109

tintos profesionales en relación a sus subordinados, Bentham dice:

" ... tanto en unos casos como en otros la empresa de hacerlos cumplir por la fuerza es privativa en último término del soberano" (1). Es el soberano quien monopoliza el uso legítimo de la fuerza y quien condiciona la validez de los actos jurídicos.

#### A.4.1.4. J. Austin

##### A.4.1.4.1. Introducción.

La concepción que Austin tiene del Derecho se puede enmarcar dentro de la tradición positivista inglesa, tradición que, como hemos visto, concibe al Derecho como mandato. Austin sistematiza y ordena -aunque muchas veces de forma rígida, siguiendo e impulsando la metodología de la jurisprudencia analítica de clarificación y ordenación de las nociones jurídicas fundamentales, así como sus interconexiones lógicas- todo el legado jurídico que Bentham dejó, legado -por otra parte- mucho más rico y flexible (2).

---

(1) J. Finch, op. cit., p. 110, J. Bentham "Of Laws in General", op. cit., cap. II, p. 22-23.

(2) Es a partir del descubrimiento de Charles Everett, en 1945, de la obra de Bentham -v.cit. en nota 67-, cuando se aprecia realmente la deuda intelectual de Austin con Bentham. Pero no es sólo este precedente el que influye en Austin. Como dice Hart: "The main doctrines of The Province ... can be easily identified in Austin's predecessors: the definitions of "law", "sovereign" and "political society" can be found almost verbatim in Bentham and Hobbes and the conception of the rules of morality as based on the principle of Utility itself the index of God's commands is to be found in Paley and Berkeley, and in a less definitive form, in Locke and Hobbes", "Introduction", p.XVI, "The Province of Jurisprudence Determined", op.cit. Por otro lado, la influencia de Austin ha sido

La importancia de la obra de Austin en la formación de la Teoría del Derecho contemporáneo ha sido subrayada por numerosos autores (1). En España, ha sido el profesor Glez. Vican, en su estudio preliminar a la traducción de "On the Uses of the Study of Jurisprudence", quien ha destacado esta idea, sobre todo en "la idea de que todo Derecho posee una estructura formal idéntica, y que esta estructura se expresa en un repertorio de "principios" o conceptos fundamentales, que se encuentran, por ello mismo, en la base de todo orden jurídico pensable" (2). La noción de "sistema" como la arquitectura o forma immanente de los diversos ordenamientos jurídicos concretos, tiene un precedente claro en Savigny y sus discípulos, aunque para Austin el fundamento del Dere

(cont.)

2

notable en juristas ingleses tales como Amos, Clark, Markbly, Hearn, Holland y Salmond, en americanos como Gray, y en juristas continentales como Kelsen. Sobre este tema, vid. Truyol y Serra, "John Austin et la philosophie du droit", Archives de Philosophie du Droit, XV, p.151-163, especialmente p. 160 y ss. También, vid. Cattaneo, op.cit., p.284 y ss., y también Mario A. Cattaneo, "J. Austin", Materiali per una storia cultura giuridica, vol.VIII, 1/1978, Il Mulino, pgs. 68-85. Sobre las relaciones de Austin con la ciencia jurídica alemana de su tiempo, así como sobre la influencia de los pandectistas en su obra, vid. A.B.Schwarz "John Austin and the German Jurisprudence of his time", Politica, vol.I (1934-35) p. 178 y 195-6.

Por otro lado, es necesario subrayar la tesis de que la obra de Austin tiene un carácter mucho más conservador que la obra de Bentham. Mientras que la preocupación fundamental de éste fue la reforma legislativa (en sus palabras, la "jurisprudencia crítica"), la de Austin fue la Teoría del Derecho (análisis del Derecho tal y como es). Vid. Cattaneo, op.cit., p.226. Truyol, op.cit., p.153: "Si Hobbes a surtout en vue la politique, et Bentham la réforme législative, la politique du droit, qui s'attache au droit tel qu'il devrait être, Austin, lui, veut avant tout s'en tenir au droit positif, au droit tel qu'il est; soumettre les règles juridiques existantes à une analyse rigoureuse et systématique".

La tesis de Hart de la falta de originalidad de la obra de Austin puede confrontarse con la tesis contraria sustentada -a mi juicio, débilmente- por A.Agnelli, en "J.Austin alle origini del positivismo giuridico", Giappichelli, 1959, quien, por otro lado, tiene el mérito de haber reintroducido los temas de la Jurisprudencia analítica en el ámbito académico italiano.

- (1) V.Mario A.Cattaneo, "J.Austin", op.cit., pgs.62-85, especialmente, pg.80, donde se subraya la influencia de la obra de Austin en la Teoría del Derecho inglesa y continental.
- (2) F. Glez. Vican, estudio preliminar de "Sobre la utilidad del estudio de la Jurisprudencia", Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1951.

cho es racional y abstracto, y no histórico. El otro factor que determina la plataforma metodológica de la Ciencia Jurídica en Austin es la llamada "teoría de las verdades jurídicas" que aparece en Alemania a principios de siglo y que viene a defender unos principios formales inmutables -obtenidos inductivamente de las características empíricas de los diversos ordenamientos- cuyo estudio y definición constituyen el objeto de la Ciencia Jurídica (1). Para Austin, "lo único susceptible de conocimiento científico en el Derecho Positivo es su estructura, mientras que su contenido sólo puede ser objeto de un conocimiento particular (2).

Es decir, el objeto de la Ciencia del Derecho -que en el sentido que estamos utilizando corresponde a la Teoría General del Derecho-, está constituido por una serie de conceptos formales y por las relaciones formales y lógicas entre ellos. Así, dirá Austin:

" ... los diversos principios comunes o sistemas más perfectos -o bien las numerosas analogías que se dan entre ellos- contribuyen el objeto de una amplia ciencia, la cual, en contraposición, de un lado, a la jurisprudencia nacional o particular, y, de otro, a la ciencia de la legislación, ha sido llamada jurisprudencia general o comparada, o bien filosofía -o principios generales del Derecho Positivo " (3).

Más adelante dice: "Entiendo, pues, por Jurisprudencia general la ciencia que expone los principios, nociones y distinciones comunes a los sistemas de Derecho; comprendiendo por sistemas de Derecho aquellos sistemas más amplios y perfectos que, por razón de su perfección y amplitud, mayor doctrina poseen" (4).

---

(1) En este sentido se expresa Holland, "The Elements of Jurisprudence", 13 th, ed. Oxford, 1924, p.5. (ed.or. 1880)

(2) Glez.Vicán, op.cit.,p.22. A pesar de todos los argumentos que pueden ser utilizados para defender la tesis que considera la obra Austin como teoría del Derecho, ha habido muchos autores que han criticado su obra sin considerarla como una obra de Teoría General del Derecho, ya que para estos autores Austin no suministra, desde un punto de vista teórico, la definición de una sociedad política independiente o de su poder soberano, sino que simplemente se trata de una equívoca descripción y generalización de un modelo político occidental concreto. Así, Maine "Early History of Institutions", London, 1875, cap.XII y XIII y Bryce's "Studies in History and Jurisprudence", London, 1901, vol.II, Ensayos X y XII. Una bibliografía de obras clásicas sobre Austin puede encontrarse en el prólogo que Hart ha escrito como introducción a la obra "The Province ...", op. cit..

La Jurisprudencia analítica de Austin —que viene a ser una filosofía analítica del Derecho—, divide —como antes lo hizo Bentham— al separar una jurisprudencia "censorial" o "deontological" de una jurisprudencia "expository" lo que el Derecho es y lo que el Derecho debe ser, entre Derecho positivo y ciencia de la legislación (1). La tesis que se deduce de esta división teórica y metodológica, es la tesis —en el ámbito de la teoría del Derecho— de la separación conceptual entre el Derecho y la Moral. Esta tesis tendrá notable influencia en la obra posterior de Hart, como él mismo lo ha reconocido (2).

Toda la concepción de Austin sobre el Derecho se fundamenta en el análisis y ordenación de algunos conceptos jurídicos claves para la explicación de los sistemas jurídicos, una vez que ha distinguido las características diferenciadoras del Derecho Positivo y de los preceptos confusos de la religión y la moral. Para Austin, existen dos conceptos jurídicos de los que se pueden derivar todos los demás: en primer lugar, el mandato ("expression of desire by a person who has the purpose, and some power, to inflict an evil in case the desire be disregarded"); en segundo lugar, el hábito de obediencia a determinada persona. Sobre estos dos conceptos gira el entramado de los Ordenamientos Jurídicos, así como el resto de las siguientes definiciones: a. "estar bajo un deber u obligación" : ser responsable de un daño en el caso de desobedecer el mandato de determinada persona.

---

(pag. ant. 3) Austin, op. cit., p. 28

(pag. ant. 4) Austin, op. cit., p. 31

- (1) Un interesante y reciente análisis de Austin—jurista como filósofo analítico se encuentra en Alan R. White, "Austin as a Philosophical Analyst", ARSP, Bd. LXIV/3 (1978) p. 379-399. También, matizando el tipo de análisis filosófico, vid. G. Maher "Analytical Philosophy and Austin's Philosophy of Law", ARSP, op. cit., p. 401-416.
- (2) H.L.A. Hart, "Derecho y Moral ...", op. cit., p. 12. En una nota final de la quinta "Lecture" de Austin, después de criticar a diversos autores que no distinguen y confunden el Derecho Positivo con la Ciencia de la Legislación, y el Derecho Positivo con la Moralidad Positiva (sobre todo, Hooker y Blackstone), Austin dice: "The existence of a Law is one thing; its merit or demerit or demerit is another. Whether it be or be not is one enquiry; whether it be or be not conformable to an assumed standard, is a different enquiry", Austin, the Province, op. cit., Lecture V, pg 179-180. Un resumen de las tesis principales de Austin contenidas en "The Province" se puede leer en Mario A. Cattaneo, "J. Austin", Materiali per una storia della cultura giuridica, vol. VIII, 1/1978, Il Mulino, pgs. 13-45

b. "sanción": el daño que probablemente será impuesto en el caso de un mandato desobedecido. Una de las claves para comprender la crítica de Hart a Austin, independientemente de su crítica del concepto de soberanía, es la crítica que Hart lleva a cabo, a lo largo de "The Concept of law", de la concepción austiniana de las sanciones y de las normas jurídicas como órdenes respaldadas por amenazas. Para Austin, la sanción es definida de la siguiente forma: "El daño que será probablemente aplicado en caso de que un mandato sea desobedecido o (para usar una expresión equivalente) en caso de que un deber sea incumplido, sellama usualmente sanción, o compulsión a obedecer ("enforcement of obedience"). O (invirtiendo la frase) se dice que el mandato o el deber es sancionado o aplicado por la fuerza ("enforced") por la posibilidad de sufrir el daño" (1). Como señala J. Finch (2), el tipo de norma jurídica que se aproxima más al modelo de Austin es la norma de Derecho Penal que exige que cierta sanción material o física sea ligada a cierta conducta". Austin representa la expresión jurídica del pensamiento liberal, defendiendo una concepción garantista y represora del Derecho, sin tener en cuenta las diferentes funciones sociales que las normas jurídicas pueden proyectar. En este sentido, es importante la revisión a la que es sometido por Hart (3), especialmente al explicar la estructura de las normas que "confieren poderes" y en su crítica a la concepción de las normas entendidas como órdenes respaldadas por amenazas. Del mismo modo, la identificación de Austin entre una sanción y la nulidad de un acto inválido civil es rechazada por Hart: " ... extender la idea de sanción hasta incluir la de nulidad es una fuente (y un signo) de confusión ... la nulidad no puede ... ser asimilada a un castigo establecido por una regla como estímulo pa-

---

(1) "The Province ...", op.cit., p.15

(2) J. Finch, op. cit., p. 105. Una exposición del tema de las sanciones en Austin se puede encontrar en esta obra, pgs. 104-108.

(3) Sobre todo en el cap. 3 de "El concepto de Derecho".



ra que uno se abstenga de las actividades que la regla prohíbe. En el caso de una regla del Derecho penal podemos identificar y distinguir dos cosas: un cierto tipo de conducta que la regla prohíbe, y una sanción destinada a desalentar dicha conducta. Pero ¿cómo podríamos ver a esta luz actividades socialmente deseables tales como las que cumplen los hombres cuando se intercambian promesas que no satisfacen las exigencias legales en cuanto a la forma?. Esto, a diferencia de la conducta desalentada por el Derecho penal, no es algo que las reglas jurídicas que establecen formalidades para los contratos estén dirigidas a suprimir. Simplemente dichas reglas no le acuerdan reconocimiento jurídico. Más absurdo aún es considerar como sanción el hecho de que una medida legislativa no llega a alcanzar el "status" de ley si no obtiene una mayoría necesaria. Asimilar este hecho a las sanciones del derecho penal, equivaldría a concebir las reglas de tanteo ("acoring rules") de un juego como dirigidas a eliminar todas las jugadas salvo la conversión de tantos" (1). La crítica de Hart al rígido esquema conceptual de Austin no se podría hacer extensible a la concepción de Bentham de las sanciones jurídicas, concepción mucho más rica y flexible que engloba tanto las "motivaciones coercitivas" como las "motivaciones seductoras" (2).

Los conceptos jurídicos en Austin mantienen una interrelación muy estrecha: la relación entre soberanía y sujeción se extiende hasta definir el mandato del soberano en términos de sanción coercitiva. Toda la teoría del Derecho de Austin presupone la aplicabilidad del concepto de soberanía. La validez de una norma depende de que haya sido dictada por la autoridad y de acuerdo con el procedimiento correspondiente, en una "cadena de validez" no infinita que termina en una nor-

---

(1) "El Concepto ...", op. cit., p. 43.

(2) Actualmente, es interesante contraponer dos autores que vienen a representar, en el ámbito de la teoría de las sanciones jurídicas lo que en su tiempo, representaron Austin y Bentham. La teoría austiniana de las sanciones negativas (se puede hablar de sanciones sólo con referencia a las sanciones negativas) ha sido exhumada por uno de los teóricos actuales del liberalismo clásico, F.A. Hayek, englobándola en la tesis general de la función predominantemente negativa del Derecho. Por otro lado, ha sido Bobbio quien ha insistido en la crisis de la imagen tradicional del Derecho como ordenamiento protector-represivo, proponiendo una alternativa del ordenamiento jurídico como un ordenamiento con función promocional, en el que tenga cabida un aumento de los estímulos a la

ma jerárquicamente superior dictada por el soberano acerca de cuya competencia no tiene sentido -para Austin- preguntarse por quien ha sido conferida (1).

c. "superior": persona o personas que compelen a obedecer a otros sujetos.

d. "sociedad política independiente": sociedad en la que el núcleo de la población tiene un hábito de obediencia a un superior que, a su vez, no tiene hábito de obediencia a otro.

e. "soberano": es un superior que no tiene hábito de obediencia a otro superior pero que recibe obediencia del núcleo de una sociedad dada.

f. "leyes propiamente dichas": mandatos que obligan a una persona o personas a seguir una conducta determinada.

g. "Derecho positivo": Derecho dictado por el soberano y dirigido a los miembros de una sociedad política independiente (2).

---

(cont.pag. ejecución o a la superejecución de mandatos, es decir, de ant. 2 ) sanciones positivas o, en un sentido más general, de técnicas de alentamiento. Del primero, por ejemplo, se puede consultar, con referencia a este tema, dos obras traducidas al castellano, "Los fundamentos de la libertad", Unión Editorial, S.A. 1978, las editoriales originales son, respectivamente, "The Constitution of Liberty", University of Chicago Press, 1959 y "Law, Legislation and liberty, vol.I: Rules and Order", The University of Chicago Press y Routledge and Kegan Paul Ltd., Londres, 1973. Vid. también N.Bobbio, "Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto", Milan, ed. Comunità, 1977. (ed. cast., "Derecho, Legislación y Libertad", vol. I "Normas y Orden", Unión Ed., Madrid, 1978.)

- (1) Este modelo de validez ha sido subrayado por Ernesto Garzón Valdés en "Algunos modelos de validez normativa", Revista Latinoamericana de Filosofía, vol. III, nº. 1 (marzo 1977) p.41-68, en especial, p.48-49.
- (2) Las reglas de la conducta humana se dividen, según Austin, en tres tipos: Derecho positivo, moralidad positiva y leyes divinas. Una clasificación más amplia de Austin divide a las leyes en 4 categorías: leyes divinas, positivas (objeto de la ciencia del Derecho), morales positivas y leyes en sentido figurado o metafórico ("The Province ...", p.1, 118 y ss). Un comentario sobre esta clasificación se puede encontrar en Truyol y Serra "J.Austin et la philosophie du droit", A.Ph.Droit, p.154 y ss, 1970 y M.A.Cattaneo, op. cit., p.228 y ss. Lo importante de esta clasificación es subrayar la separación entre Derecho y Moral que establece Austin: las célebres palabras de Austin: "The existence of law is one thing; its merit or demerit, another", diferencian claramente la validez jurídica de las normas y su obligatoriedad en sentido moral. Un desarrollo más amplio de la clasificación de las leyes en Austin

Los conceptos de la teoría jurídica de Austin se interrelacionan y complementan lógicamente entre sí, subyaciendo bajo todos ellos, como fundamento último del sistema, la voluntad del soberano.

#### A.4.1.4.2. Concepto de soberanía.

La noción de soberanía puede servirnos de guía comparativa con el concepto de soberanía utilizado por Austin. Dice Austin:

"If a determinate human superior, not in a habit of obedience to a like superior, receive habitual obedience from the bulk of a given society, that determinate superior is sovereign in that society, and the society (including the superior) is a society political and independent" (1).

Bentham había introducido ya un giro metodológico al explicar el concepto de soberanía sin referirse a principios morales, teniendo en cuenta tan sólo criterios fácticos y descriptivos. Los conceptos de "hábito" y "obediencia personal" (obediencia a una persona o grupo específico) son los conceptos clave para el análisis de la "soberanía",

---

(cont.pag. se puede encontrar en el excelente artículo de M.A.Cattaneo, "John Austin", op. cit., p. 13-95.  
ant. 2)

- (1) J.Austin, "The Province ...", p. 194, J.Raz, "The Concept ...", p.6 . Sobre este concepto de soberanía, v. J.W.Gerner, "Political Science and Government", New York, 1928, p.179 y ss. W.A.Dunning "A History of Political Theories. From Rousseau to Spencer", New York, 1926, p.226. H.Sidgwick, "The Elements of Politics", 4 th. ed. London, 1919, p.651 y ss. El Derecho para Austin tiene la condición de tal por la sanción que le presta el soberano en su condición de superior político. Sobre este concepto, W.J. Brown, "The Austinian Theory of Law", London, 1926, p. 331 y ss; C.A.W. Manning, "Austin Today: or the "Province of Jurisprudence" re-examined", en "Modern Theories of Law", London, 1933, p. 186 y ss.

(1). Estos dos factores señalados por Bentham son reformados por Austin, si bien éste se separa de aquel en dos importantes puntos:

a) Mientras que Bentham trata de delimitar e identificar la sociedad política, Austin trata de identificar una sociedad política independiente, que junto a la condición positiva (el núcleo de la población obedece habitualmente al soberano) establece una condición negativa (ausencia de obediencia por parte del soberano) (2).

b) Por otro lado, el concepto de "soberano" en Austin tiene cuatro características principales:

1. No subordinado: el poder del soberano no puede estar conferido ni ser revocado por el Derecho.
2. Ilimitable: el soberano puede legislar sobre cualquier asunto sin estar sometido a ningún deber jurídico. Para Austin, "supreme power limited by positive law, is a flat contradiction in terms" (The Province, pgs. -

---

(1) Para Austin, la obediencia relevante para la existencia de un Ordenamiento Jurídico, es la obediencia personal a una persona o grupo de personas concreto. Este criterio está realmente muy poco elaborado; el tema de la "duración" de los Ordenamientos Jurídicos no puede ser entendido teniendo en cuenta el punto de vista de la obediencia personal. En este sentido, es interesante la crítica de J. Raz, op.cit., p. 33-35, así como su diferenciación entre "legal system" y "momentary legal system". Bentham estudia el tema de la "duración" de los sistemas jurídicos con mayor flexibilidad y lucidez; las nociones de "adopción", "preadopción" y "subrogación" por parte del soberano de las órdenes emitidas por otros, suministran una explicación más adecuada —aunque no suficiente— de la naturaleza continua de un sistema jurídico en la medida en que el soberano hereda los mandatos de sus predecesores y proyecta los suyos hacia sus sucesores. Austin no ha explicado suficientemente la continuidad jurídica de los Ordenamientos, ya que habla simplemente de una persona o grupo de personas a los que se obedece habitualmente y de un título genérico a la sucesión. Una crítica de esta explicación puede verse en H.L.A. Hart, "The Concept ...", cap. IV, p. 53. (C.D. p. 64 y ss.)

(2) El concepto de "sociedad" de Austin es criticado por Raz, op.cit., p. 17 y 18. Para Raz, el intento de Austin de definir al legislador supremo por referencia directa al fenómeno social del hábito de obediencia, fracasa. Termina diciendo: "... Austin's attempt failed, and this failure wrecked his solution of the problems of the identity and of the existence of a legal system. But the problems remained to be answered, and not one of Austin's critics mentioned in this section (with the possible exception of Salmond) made even a serious attempt to solve them. It was not until Kelsen that a new comprehensive attempt to solve the problems of the theg

254) (1).

3. Unico: en cada Ordenamiento Jurídico no puede haber más de un soberano.
4. Unitario: aunque el ejercicio del poder soberano puede ser dividido, la soberanía no se disgrega, ya que está concentrada en una persona o cuerpo de personas (2).

En Bentham habíamos visto que el concepto de soberanía era no-subordinado y único, aunque en su obra cabía la teoría de la limitación jurídica del soberano -por convención expresa-, al igual, que la discusión de su carácter unitario (3).

---

(cont.pag. ant. 2) ry of legal system was made" (p.43). La idea de "hábito de obediencia" ha sido criticada por su incapacidad de dar una explicación del Ordenamiento Jurídico. Hart (cap. IV, p.50-60) establece una distinción importante entre hábitos y normas, diferenciación analítica que conlleva dos tipos de metodologías: el hábito implica observación de hechos físicos, regularidades observables, mientras que el cumplimiento de las normas no se puede reducir a meras coincidencias fácticas (no es que se trate de explicar, como alguien pudiera pensar, el por qué la gente obedece al Derecho -asunto ajeno a la teoría del Derecho- sino de explicar la propia naturaleza y estructura del Derecho en función del análisis de las normas y del Ordenamiento Jurídico).

- (1) Una crítica del carácter "ilimitable" de la soberanía en Austin, puede verse en J.Raz, op.cit.,p.27-33. Para Austin sólo se puede limitar un poder imponiendo un deber jurídico que prohíba el uso del poder en cuestión. "Consequently (dirá Raz) he confused lack of power with the existence of a duty", op.cit.,p.28. Es decir, la concepción de que el soberano no puede ser sometido a ningún deber jurídico, significa para Austin que los poderes legislativos del soberano son ilimitables. La identificación entre limitación jurídica y existencia de un deber jurídico es puesta también de manifiesto por Hart al referirse a Austin: "Austin's argument against the possibility of a legal limitation on the power of the sovereign rests on the assumption that to be subject to such a limitation is to be subject to a duty", The Concept of Law, p.242. Esta característica también es subrayada por Salmond, "The First Principles of Jurisprudence", London, 1957, p.137. Para Raz, la teoría de la soberanía ilimitable no puede explicar el carácter jurídico de ciertas leyes constitucionales (por ejemplo, las normas que adscriben derechos y deberes al soberano o determinan su capacidad para tener derechos y deberes legislativos).
- (2) Para Hart, aparte de la condición negativa de no obediencia por parte del soberano, la teoría de la soberanía de Austin se separa de la concepción de Bentham en dos características que pueden ser enunciadas de la forma siguiente: a) el poder soberano productor de normas jurídicas mediante mandatos es incapaz de limitación jurídica.

A.4.1.4.3. Concepto de Derecho.

A.4.1.4.3.1. Teoría del Ordenamiento Jurídico. Criterios de existencia.

Desde el punto de vista de la Teoría del Derecho la existencia de un Ordenamiento Jurídico presupone la existencia de ciertos criterios que determinan la verdad o falsedad de enunciados sobre la vigencia o inexistencia de ciertos Ordenamientos Jurídicos. Para Austin, los criterios de existencia de un Ordenamiento Jurídico se derivan de su concepción jurídico-descriptiva de la soberanía; un Ordenamiento Jurídico existe si, y solo si:

- 1) su supremo legislador es habitualmente obedecido (criterio de la eficacia).
- 2) su legislador supremo no obedece habitualmente a nadie.
- 3) su legislador supremo es jerárquicamente superior respecto a los casos regulados jurídicamente y sometidos a sanción.

---

(cont.pag. ant. 2) b) en todas las sociedades políticas el soberano es un individuo o grupo de individuos.

Las dos tesis tienen para Hart tres consecuencias que, a su vez, excluyen las tres tesis siguientes:

1. La limitación jurídica del poder soberano.
2. La división del poder soberano.
3. La pluralidad de soberanos con plenos poderes independientes dentro de una misma sociedad política.

El propio Hart reconoce que es fácil demostrar la fragilidad conceptual de la soberanía en Austin, al poner como ejemplo la constitución de los EEUU, "to show that Austin never succeeded in squaring his doctrine of ilimitable and undivided sovereignty with the legal phenomena presented by the constitution of the United States and other rigid constitutions", "Bentham on Sovereignty", p. 329.

- (3) Limits, p.101 n; OLG, p.18-19 m; Limits, p.153; OLG, p.69.

- 4) todas las leyes han sido producidas por una persona o grupo de personas (soberano), al menos, en última instancia (1).

La existencia de una sociedad política queda reducida a un esquema excesivamente simple. La complejidad de la estructura jurídica de un Ordenamiento de tipo occidental no es analizada con agudeza. Las relaciones jurídicas y los criterios determinantes de la existencia de un sistema jurídico se reducen a unos esquemas simples que derivan de definiciones rígidamente delimitadas (2).

#### A.4.1.4.3.2. Teoría del Ordenamiento Jurídico. Criterios de Identidad.

Mientras que los criterios de existencia determinan la verdad o falsedad de los enunciados sobre la existencia/inexistencia de un Ordenamiento Jurídico, los criterios de identidad determinan la pertenencia o no de las leyes a un Ordenamiento Jurídico, es decir, mediante ellos se puede responder a la siguiente pregunta : ¿qué leyes compo-

- 
- (1) Como señala Raz, los criterios de existencia del O.J. en Austin, no se basan únicamente en el principio de la eficacia, sino que subrayan también la superioridad e independencia del supremo legislador. Para una crítica del concepto de independencia del soberano, v.Raz, op.cit.,p.41-42-43. Muchos críticos han señalado la confusión de Austin entre el concepto político y el concepto jurídico de soberanía. Así, por ejemplo, A.V.Dicey, "Introduction to the study of the law of the Constitution", p.72-74, London, 10 th., 1964; Brown, "The Austinian Theory of Law", p.276, London, 1920 W.W.Buckland, "Some Reflections on Jurisprudence", C.U.P., 1949; J. C.Gray, "The Nature and Sources of the Law", p.79, Beacon Press, Boston, 2 nd. edn., 1963; Salmond, "The First Principles of Jurisprudence", p.131, Stevens & Maynes, London, 1893.
  - (2) La crítica fundamental de Hart a Austin se basará en intentar construir una teoría del Derecho que tenga en cuenta una mayor complejidad del sistema jurídico, entendido como un sistema de reglas dentro de reglas, que implica una aceptación general de una regla de reconocimiento, simple o compleja, que define la manera en que las reglas ordinarias del sistema son identificadas. Las nociones

nen un sistema jurídico? (1).

En la obra jurídica de Austin, los criterios de identidad y pertenencia se derivan del llamado "principle of origin", es decir, tanto la pertenencia de las leyes a un Ordenamiento Jurídico como la identidad del propio Ordenamiento, están completamente determinadas por el origen de las normas (conjunto de hechos que producen su existencia). Este criterio identificador está compuesto por tres características:

a) el origen de toda norma jurídica presupone un acto de legislación (según Austin, un comportamiento deliberado que expresa el deseo de que otras personas se comportarán de cierto modo).

b) todas las normas jurídicas tienen una última fuente (legislador supremo o soberano).

c) la existencia continua de la última fuente es una condición necesaria para la existencia de todas las normas del Ordenamiento Jurídico.

Claro que está que no toda la legislación está directamente emitida por el soberano. Cabe también la legislación delegada, basada en las leyes que confieren poderes legislativos y explicables en función de las normas de "obediencia" dirigidas al delegado: el soberano, al delegar, impone deberes de obediencia a los súbditos con respecto al delegado (2).

Para Austin, como hemos visto antes, el poder del soberano es único y unitario. Su criterio de identidad, al estar basado en el origen de la producción normativa, presupone la unidad de la soberanía (3).

---

(cont.pag. de "soberano" y "hábito de obediencia" son sustituidas  
ant. 2) por Hart por nociones más complejas, basándose el sistema  
jurídico en "a rule providing a sovereign or ultimate test  
in accordance with the laws to be obeyed are identified", Hart,  
p. XII, Introduction, op. cit., .

(1) En este sentido, J.Raz, op.cit., p. 19-22. También se puede hablar de las normas recibidas como autorizaciones del soberano para recibir como ley una norma producida por otro órgano distinto.

(3) Para Raz, la concepción de Austin no garantiza la unidad de la soberanía, tesis que implica el abandono de su criterio de identidad. Asimismo, Raz critica la concepción austiniana de los mandatos tácitos, es decir, la teoría que sostiene que el origen de toda norma jurídica presupone un acto de legislación, sustituyendo esta concepción del Derecho por una más amplia en la que el soberano no es el productor directo o indirecto de la legislación, sino el agente externo que hace cumplir los mandatos; así, el Derecho sería un Ordenamiento normativo, institucionalizado y coercitivo. Esta concepción ha sido sostenida por numerosos autores; cito, entre los clásicos ingleses a Holland ("The Elements of Jurispruden



Los criterios de identidad defendidos por Austin presuponen al Ordenamiento Jurídico como un sistema cerrado, donde el juez cumple simplemente una actividad mecánica, ajena a cualquier tipo de función creativa (1). La ficción de Blackstone (los jueces "encuentran" y no crean el Derecho) retoma nuevas fuerzas en la concepción analítico-formalista austiniana. Sin embargo, esta doctrina, ampliamente defendida en el ámbito del positivismo jurídico y siempre referida a Austin en el marco de la Jurisprudencia analítica inglesa, ha sido rechazada, entre otros, por Hart y Agnelli, no ya en su contenido sustantivo y doctrinal, sino en su marco referencial, al sostener que la concepción mecánica de la actividad judicial no es defendida por Austin. Es interesante a este respecto, como ha señalado Cattaneo (2), la diferenciación conceptual entre fuente formal y fuente sustancial del poder judicial: formalmente, los jueces derivan su poder del soberano, mientras que, sustancialmente, desde el punto de vista del contenido de su función, se puede afirmar que los jueces crean derecho, concepción admitida por Austin -sobre todo en el tratamiento de la naturaleza jurídica de la costumbre ("The Province ...", op. cit., p. 31-33), y que rebate las clásicas visiones de la Jurisprudencia analítica (3).

El carácter jurídico de las normas está determinado, pues, por la fuente de origen de la producción normativa, es decir, por el soberano. Sobre la objeción de la costumbre como fuente del Derecho, Truylol, en referencia a Austin, dice: "Austin prévoit certes l'objection fondée sur le poids de la coutume dans le droit. Il y répond en des termes parfaitement hobbesiens. La coutume en tout que telle n'est

---

(cont. pag. ant. 3) ce", Clarendon Press, Oxford, 10 th edn., 1906), cuando dice que el derecho es "a general rule of external action enforced by a sovereign political authority", p.401, op. cit. Entre los filósofos del Derecho españoles cito a Elías Díaz en su definición del Derecho como "sistema normativo dotado de una coacción formalizada e institucionalizada" ("Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático", Civitas, 1977, p.15).

(1) Muchos autores de lengua inglesa han reflejado esta concepción de Austin: R.Pound "Law and Morals", Univ. North California Press, 1926, p.41-42; Stone, "The Province and Function of Law", Sidney, 1950, p.VII, 3 49 141; Friedmann, "Legal Theory", III ed. London, 1953, p.154-209-294; Winogradoff, "Common Sense in Law", O.U.P., 1949, p.24 y ss; Allen, "Law in the Making", 1958, p.3 .

(2) Cattaneo, op. cit., p. 260 y 261

(3) El Derecho tiene siempre como fuente, en última instancia, al po

que de la "positive morality"; elle est élevée au rang de droit positif par l'application des tribunaux agissant au titre d'organes de l'Etat. C'est l'Etat qui, expressément ou tacitement, fait de la coutume une source de droit" (1).

#### A.4.1.4.3.3. Teoría del Ordenamiento Jurídico. Estructura.

El problema de la estructura del Ordenamiento Jurídico, problema central de la teoría del Ordenamiento Jurídico, no fue tratado con suficiente amplitud por Austin. La concepción del Derecho como mandato presupone una visión atomística del Derecho y del Ordenamiento Jurídico, en el que cada norma se constituye como un mandato con unidad independiente, cuya existencia, significado o aplicación no está afectada lógicamente por otras normas.

Austin concibió las relaciones internas entre las normas jurídicas como relaciones punitivas; para que exista una norma jurídica com-

---

(cont.pag. der político. La condición de Derecho Positivo se debe a  
ant. 3) la sanción que le presta aquel soberano en su calidad de  
superior político", "The Province...", p.96-155-235, cit.  
por Glez.Vicen en "El Positivismo...", op.cit.,p.53. Vid. Grego-  
rio Peces-Barba, "Libertad, Poder, Socialismo", ed. Civitas, Ma-  
drid, 1978, especialmente pgs. 219-239

- (1) A.Truyol, "J.Austin et la philosophie du droit", op.cit.,p.157. El propio Austin, haciendo referencia a las tesis de la Escuela Histórica del Derecho, escribe: "The admirers of customary law, love to trick out their idol with mysterious and imposing attributes. But to those who can see the difference between positive law and morality, there is nothing of mystery about it. Considered as rules of positive morality, customary laws arise from the consent of the governed, and not from the position or establishment of political superiors. But, considered as moral rules turned into positive laws, customary laws are established by the state: established by the state directly, when the customs are promulgated in its statutes; established by the state circuitously, when the customs are adopted by its tribunals". The Province..., p.32. Austin, pues, reconoce la importancia que tiene la costumbre jurídica y el Common Law. Sin embargo, y teniendo como precedente a Hobbes, considera que son los tribunales los órganos del Estado que elevan la costumbre de moralidad positiva a fuente del

pleta debe contener una parte imperativa y una parte punitiva. Como dice Raz, "a law containing an imperative part only is not an independent law at all, unless there is a corresponding punitive law" (1). Otro tipo de relaciones destacables en la obra de Austin serían las relaciones genéticas entre dos normas, es decir, una relación entre una norma A y otra B, siendo B uno de los hechos que contribuyen a la creación de la norma A (relación entre una norma subordinada y la "obedience law" que autoriza su legislación) (2).

A.4.1.4.4. El Derecho como mandato. Teoría imperativa del Derecho.

En contraste con Bentham, Austin opina que tan sólo los mandatos generales pueden ser normas jurídicas; la noción de "regla" es considerada como un tipo de mandato, y para que exista tal mandato es necesaria la existencia de un daño o sanción en caso de desobediencia. La forma imperativa de la expresión de la voluntad no constituye, por sí sola, la naturaleza del mandato. Vemos, de nuevo, como los conceptos

---

(cont.pag. ant. 1) Derecho. La preeminencia del Derecho judicial en Inglaterra debe ser tomada en cuenta como fuente primordial del Derecho. El Derecho inglés es, todavía, fundamentalmente, un Derecho jurisprudencial y no -como a veces se ha dicho- un Derecho consuetudinario.

(1) J. Raz, op. cit., p. 24

(2) Las relaciones genéticas pueden plantear problemas en torno a las sanciones y deberes correlativos a tales normas. Raz, op. cit., p. 25.

de soberano, mandato y sanción se interrelacionan de forma muy estrecha: el mandato es emitido por el soberano, quien ha provisto la sanción en caso de desobediencia.

Para Austin, el concepto de mandato está integrado por seis elementos (1):

1. A desea que otro sujeto B se comporte de cierta manera.
2. A expresa ese deseo.
3. A pretende causar daño a B si el deseo no es cumplido.
4. A tiene poder para llevar a cabo la acción -3-.
5. A ha expresado la intención de hacer -3-.
6. El mandato expresa el contenido de su deseo -1- y de su intención -3-.

Estas seis condiciones reúnen las notas características de la estructura formal de los mandatos y la voluntad según el modelo jurídico de Austin. Este modelo jurídico parte de la concepción del Derecho como mandato: una norma jurídica es el mandato de un superior a un inferior, siempre que el superior sea el soberano y el inferior el súbdito. El elemento de la superioridad del soberano sobre el súbdito se traduce en la posibilidad que tiene el soberano de crear algún tipo de probabilidad para que la sanción especificada en la norma pueda ser ejecutada. Para Austin, la superioridad es "the power of affecting others with evil or pain and of enforcing them, through fear of that evil, to fashion their conduct to one's wishes" (2).

La concepción de Austin es que toda ley o norma es un mandato, o que las leyes y normas jurídicas son una especie o subtipo de los mandatos. El Ordenamiento Jurídico es entendido como el conjunto de todas las leyes individuales o mandatos (3).

---

(1) J.Raz, op.cit., p.11. En palabras de Austin: "A command is distinguished from other significations of desire...by the power and purpose of the party commanding to inflict an evil or pain in case the desire be disregarded...A command then, is a signification of desire. But a command is distinguished from other significations of desire by this peculiarity: that the party to whom it is directed is liable to evil from the other, in case he comply not with the desire". Province, p.14. En opinión de J.Finch, la determinación de los mandatos y del soberano por parte de Austin responde al deseo de encontrar la fuente del derecho en términos de descripción fáctica, de explicar los elementos de un sistema jurídico en términos de causa-efecto referidos a instituciones específicas del derecho positivo. J.Finch, op.cit., p.118.

La pretensión de describir la naturaleza del derecho desde el punto de vista descriptivo y fáctico, lleva a Austin a no diferenciar -desde un punto de vista formal- las "órdenes respaldadas por amenazas" y los "mandatos jurídicos", aunque sí podrían diferenciarse por su origen, ya que la cualidad específica que hace de un "mandato" Derecho es su procedencia de un soberano político (poder supremo obedecido habitualmente en una sociedad política). La fuerza vinculante de la noción de deber jurídico consiste en la probabilidad fáctica de sanción en caso de incumplimiento (1).

La concepción austiniana del Derecho como mandato es una concepción nominalista, racionalista y positivista. El Derecho no es un orden objetivo derivable de la naturaleza humana, sino un conjunto de mandatos, ordenados racionalmente, y sometido a circunstancias y factores de hecho (2), como un orden de comportamiento referido a una voluntad organizadora según un criterio empírico y utilitarista que va-

---

(pag.ant.2) "Province ...", p. 24

(pag.ant.3) Esta visión atomista del Derecho es subrayada por J.Finch, op. cit., p. 120

(1) Una crítica de esta noción es llevada a cabo por Hart (C.L.p.80-88), donde establece una distinción entre "ser obligado" (cuyo empleo típico sería el de la orden emitida por un asaltante) y "tener una obligación" (en este caso Hart habla de obligación jurídica). La distinción plantea numerosos problemas metodológicos que serán discutidos más adelante. Asimismo, Hart ha objetado ("Analytical Jurisprudence in Mid-Twentieth Century", 105 Univ. of Penn. Law Review, 1957, p.965-967) que el análisis de Austin del concepto de obligación falla debido a su intento de definir palabras simples en lugar de investigar las condiciones-standard en las que un enunciado -expresado por una frase que contiene la palabra- es verdadero y las clases de contextos y los propósitos por los que fueron formulados tales enunciados. Una característica de la crítica de Hart puede verse en A.R.White, op.cit., p.384.

(2) Aunque Austin conoció y estudió la obra de Savigny, su fundamentación de la positividad del Derecho no es histórico, sino racional y abstracta. En este sentido, v. González Vican, op. cit., pgs. 9 y 10.

ría de situación a situación (1).

A.4.1.4.5. CONCLUSION.

El modelo crítico de la teoría del Derecho de Hart se construye sobre un paradigma imperativo. Las críticas de Hart a la obra de Austin son numerosas, si bien parte de su obra. "El Concepto de Derecho" está construido sobre una estructura singular: se presenta un modelo imperativo de la teoría del Derecho y se procede a su crítica; al mismo tiempo, se van reconstruyendo nuevos conceptos jurídicos capaces de superar las concepciones anteriores y capaces de explicar más pausiblemente la realidad jurídica. Por ello, la crítica hartiana al modelo imperativo -modelo tomado principalmente de Austin, aunque no es exactamente el mismo- se irá exponiendo en el tema II dedicado a la teoría del Derecho en Hart; la crítica a determinados conceptos se comprenderá mejor al presentarla junto a su nueva reconstrucción conceptual. Así, al exponer el concepto de Derecho en Hart como la unión de reglas

---

(1) La expresión del Derecho como mandato se puede encontrar en Hobbes -como antes hemos visto-, en W. Paley "The Principles of Moral and Political Philosophy" (1785), Boston, 1801: "the law never speaks but to command, nor commands but where it can compel" (pg. 25). También en Locke se puede encontrar este tipo de formulación ("A Essay concerning Human Understanding, Works", London, 1714, vol. I, p. 42 y ss y 371), así como en Bentham. Como dice Truyol, "En conclusión, comme chez Hobbes et chez Bentham, l'essence de la loi proprement dit est pour Austin son caractère impératif. Le droit est loi, et partant, commandement", Truyol, op. cit., pg. 156.

reglas primarias y secundarias se hará una referencia a la teoría del Derecho como mandato. Al hablar del concepto de "validez", "eficacia" y "aceptación" se procederá a un análisis crítico de la teoría de la soberanía y de la condición de "obediencia habitual". Al exponer el concepto social de obligación será necesario analizar la crítica de Hart a los análisis predictivos del concepto de obligación. Ahora bien hay que tener en cuenta que el modelo simple del Derecho como órdenes coercitivos construido en el ap. II del cap. II del "Concepto de Derecho", modelo sometido a crítica, difiere de la doctrina de Austin en algunos aspectos, explicados por el propio Hart, consciente de esta diferenciación (1).

#### A.4.2. KELSEN Y EL NORMATIVISMO.

##### A.4.2.1. INTRODUCCION.

La teoría del Derecho de Hart debe gran parte de sus tesis a la obra filosófico-jurídica de Kelsen. "El Concepto de Derecho" está impregnado de kelsenismo, si bien de una forma moderada, Hart toma de Kelsen una concepción normativa del Derecho, aunque se trata de una reelaboración crítica y original de sus presupuestos y de su desarro-

---

(1) V. "El Concepto de Derecho", op. cit., pgs. 298 y 299.

llo conceptual. La "norma de reconocimiento", que proporciona a los destinatarios de las normas y a los funcionarios públicos el medio para identificar e individualizar las normas primarias -constituyendo así el "corpus" central de la teoría del Derecho de Hart- se puede asimilar aunque con importantes diferencias lógicas y conceptuales a la función de la Norma Fundamental de Kelsen. La división que Hart lleva a cabo entre normas primarias y secundarias, se puede explicar, no sólo como una revisión crítica de la teoría austiniana del Derecho como mandato, sino como una corrección de la concepción extrema de Kelsen que sostiene la derivabilidad de las reglas que confieren potestades con respecto a las reglas que imponen deberes. Partiendo de una concepción normativa, Hart somete a un riguroso análisis crítico la teoría del Derecho de Kelsen; por ello, al igual que hicimos observar en el apartado de las conclusiones del positivismo jurídico anglosajón, esta crítica se incluirá al desarrollar los grandes conceptos de la teoría del Derecho hartiana.

No obstante, si bien no creo necesario exponer una introducción general del pensamiento jurídico de Kelsen (dado su mayor grado de conocimiento en nuestro país que la teoría jurídica inglesa), sí creo oportuno hacer hincapié en alguno de los aspectos parciales de la crítica de Hart y Kelsen, aspectos que, posteriormente, serán necesarios para reconstruir muchos de los conceptos centrales de la teoría del Derecho hartiana. Hechas estas observaciones, podríamos dividir este apartado en los siguientes epígrafes:

1. Crítica de la expresión de Kelsen: reglas de Derecho en un sentido descriptivo.
2. Crítica de la definición de "acto antijurídico".
3. Revisión crítica de la relación entre Derecho y Moral.
4. Tesis de la coherencia lógica de las leyes que se refieren a si mismas. Coercibilidad y regresión infinita.
5. Revisión crítica de la teoría kelseniana de la Unidad del Derecho y sus dos tesis: a) todas las normas válidas forman necesariamente un sistema único, y b) las normas válidas no pueden estar en conflicto.

Los temas de la Norma de Reconocimiento (versión empírica de la hipótesis lógica kelseniana), las normas primarias y secundarias (revisión de la teoría de las normas de Kelsen) y los conceptos de vali-



dez y eficacia serán tratados con amplitud en otros apartados, comparando sus semejanzas y diferencias con el pensamiento jurídico de Kelsen, referencia inexcusable a la hora de analizar los conceptos de la teoría jurídica de Hart (1).

A.4.2.2. Crítica de la expresión de Kelsen: "Reglas de Derecho en un sentido descriptivo".

Esta expresión de Kelsen se encuentra recogida en su obra "Teoría General del Derecho y del Estado" (2): concretamente, creo necesario reproducir los tres textos que posteriormente serán criticados por Hart:

"Es tarea de la ciencia jurídica presentar el Derecho de una comunidad, esto es, el material producido por la autoridad legal, a través del proceso legislativo, en la forma de juicios que establezcan que si tales o cuales condiciones se cumplen, entonces tal o cual sanción habrá de aplicarse. Estos juicios, por medio de los cuales la ciencia jurídica expresa el Derecho, no deben ser confundidos con las normas creadas por las autoridades encargadas de legislar. Es preferible, no dar a estos juicios el nombre de normas, sino el de reglas jurídicas. Las normas jurídicas formuladas por los órganos legislativos son prescriptivas; las reglas del Derecho que la Ciencia jurídica establece son puramente descriptivas. Importa tener en cuenta que el término "regla jurídica" o "regla de Derecho" es empleado por nosotros en sentido descriptivo" (3).

---

(1) Sobre la obra de Kelsen, v. el reciente estudio de Mario Losano, "Forme e realtà in Kelsen", ed. di Comunità, Milan, 1981.

(3) Op. cit., p. 53

(2) Cito el texto de Kelsen por la versión castellana, segunda reimpresión (1979) de la segunda edición de 1958, trad. Eduardo G<sup>a</sup>. Maynez, "Teoría General del Derecho y del Estado", UNAM, México, 1979. En adelante, TGDE. La primera edición original es "General

"La regla de Derecho, usado el término en sentido descriptivo, es un juicio hipotético que enlaza ciertas consecuencias a determinadas condiciones.... La regla de Derecho y la ley natural difieren no tanto en los elementos que enlazan sino en la forma de tales enlaces. La ley natural establece que si A es, B es (o será). La regla de Derecho dice: si A es, B debe ser. La regla de Derecho es una norma (en el sentido descriptivo del vocablo" (1).

" ... En los enunciados de la jurisprudencia normativa, en las reglas del Derecho, usado el término en un sentido descriptivo, la condición se encuentra conectada con la consecuencia por medio de la expresión "deber ser" (2)

Hart, después de establecer una similitud en la orientación general de la Teoría Pura del Derecho y de la jurisprudencia Analítica (3), interesadas ambas en el análisis del significado del Derecho Positivo -y no en su evolución crítica o descripción sociológica-, plantea diversas cuestiones antes de adentrarse en la crítica de la expresión Kelseniana, "reglas de Derecho en un sentido descriptivo" (4) tal y como se ha expuesto en los textos anteriormente citados. Estas cuestiones previas -que son un planteamiento preliminar a su crítica más concreta- se podrían resumir en:

---

(cont.pag. Theory of Law and State", Harvard University Press, 1945.  
ant. 2) Es curioso observar la insistencia generalizada en los países anglosajones de citar exclusivamente esta obra de Kelsen, sin tener en cuenta su posterior evolución. Como la crítica de Hart se centra exclusivamente en esta obra, no haremos referencia a otros escritos (como, por ejemplo, su importante segunda edición de la Teoría Pura; de todos modos, para la diferenciación entre "norma jurídica" y "enunciado jurídico", v. "Reine Rechtslehre", Viena, 1960 (trad. cast. de esta obra por R.J. Vernengo, "Teoría Pura del Derecho", UNAM, México, 1979, p. 84 y ss).

(3) Un análisis comparativo y crítico de la Teoría Pura del Derecho y la Jurisprudencia Analítica lo realiza Kelsen en "The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence", Harvard Law Review, vol. LV, nº 1, nov. 1941. Hay trad. castellana en "La idea del Derecho Natural y otros ensayos", ed. Nacional, México, 1979, p.209-238.

(1) Op. cit., p. 54

(2) Op. cit., p. 195

(4) Esta crítica es realizada en "Kelsen visited", 10 UCLA Law Review 1963, pgs.710-717. Hay trad. cast., "Una visita a Kelsen", Cuadernos de Crítica, UNAM, México, 1977, pgs. 34.

- a) en primer lugar, una caracterización de la Teoría Pura del Derecho como una versión más consistente y sistemática de la jurisprudencia Analítica, si bien comparte con ella una "orientación general" que trata de especificar el significado de las reglas jurídicas, analizando para ello el significado de conceptos tales como: "Derecho", "Ordenamiento jurídico", "regla jurídica", "derecho", "deber", etc... (1).
- b) en segundo lugar, Hart señala la dificultad y la vaguedad de expresiones tales como "análisis", "elucidación" y "definición", rechazando las definiciones "per genus et differentiam" (que tan sólo suministran un sinónimo de la palabra a definir), habla de las "definiciones en uso" (suministran sinónimos o "traducciones" de frases completas) y de la posibilidad de renunciar a cualquier provisión de sinónimos describiendo en su lugar el uso común de ciertas expresiones.
- c) lo que para Kelsen es, en principio, la tarea de la teoría Pura del Derecho, es decir, una tarea que provee los conceptos fundamentales por los que el Derecho positivo de una comunidad jurídica determinada puede ser descrito (2), es para Hart la tarea de la "Ciencia normativa del Derecho" ó "jurisprudencia normativa". Tenemos así, tres expresiones que comparten ciertas características comunes: "Teoría Pura del Derecho", "Ciencia Normativa del Derecho" y "Jurisprudencia normativa" (3). La Ciencia Normativa del Derecho y la juris

---

(1) Austin llamó "General Jurisprudence" a la elucidación de las nociones fundamentales del Derecho. Así, en "The Uses of the study of jurisprudence", en The Province of jurisprudence Determined, p. 367, London (1954).

(2) Kelsen, TGDE., op. cit., p. v.

(3) Las características comunes serían: 1) son ciencias cuyo objeto es el Derecho Positivo...

2) no son críticas ni evalúan un punto de vista ideológico, moral y otro análogo.

3) no describen prácticamente ni explican las operaciones jurídicas.

"Kelsen visited", op. cit., pg. 712

prudencia Normativa son expresiones sinónimas para Kelsen, pero deben ser diferenciadas de la Teoría Pura. Para Hart, la Teoría Pura es una teoría general que indica cómo representar o describir un determinado Ordenamiento jurídico, qué conceptos se deben o no usar para constituirse como ciencia normativa de ese sistema. La Teoría Pura, es, pues, una Teoría General del Derecho, que puede suministrar importantes elaboraciones conceptuales para la construcción de una ciencia Normativa, particular de un determinado Ordenamiento jurídico.

Habiendo tratado de clarificar algunas cuestiones preliminares la crítica de Hart se dirige hacia el siguiente planteamiento de Kelsen: desde la Teoría Pura (es decir, desde la Teoría General), el jurista preocupado por la construcción de una Ciencia Normativa de un Ordenamiento jurídico particular, debe utilizar en su descripción o representación una versión de las "reglas" o "enunciados de deber" en un "sentido descriptivo". Para Hart, los "enunciados de deber" en un "sentido descriptivo" de Kelsen, es decir, los enunciados de la Ciencia o jurisprudencia Normativa de un Ordenamiento jurídico particular, son enunciados de los juristas acerca del Derecho, enunciados descriptivos que nada tienen que ver con "enunciados de deber" propios del lenguaje del Derecho. Según Hart, pues, emplear la terminología de Kelsen tan sólo puede traer confusión y dificultades para una comprensión adecuada del problema (1), ya que Kelsen insiste en llamar a los

- 
- (1) De la misma forma, A. Ross, en su libro "On Law and Justice" pgs. 9-10, n. 4 ("Stevens and Sons Limited", London, 1958), critica la expresión de Kelsen "ciencia Normativa" como si se tratara de una ciencia de "normas" con "normas". Ross diferencia las normas jurídicas (directivas alógicas) de las proposiciones de los libros de texto que se refieren a ellas (aserciones lógicas), que expresan que ciertas directivas son Derecho válido. La no diferenciación de estos dos tipos de lenguaje, prescriptivo, y descriptivo, puede dar lugar -señala Ross- a dos tipos de confusiones:
- a) por un lado, "habrá una tendencia a suponer que las proposiciones doctrinales consisten también en directivas o normas. Esto se advierte en la concepción que ve en la ciencia del derecho un conocimiento normativo. Esta designación puede querer decir una variedad de cosas: 1) que la ciencia jurídica es un conocimiento que se dirige a establecer normas, ó 2) que es un conoci-

enunciados de la Ciencia Normativa del Derecho "reglas de Derecho" o "enunciados de deber ser" en un "sentido descriptivo".

---

(cont.pag. miento que se expresa mediante normas, aunque sin esta-  
ant. 1) blacerlas ... 3) que la ciencia del derecho es un cono-  
cimiento referente a normas. Este último significado es  
el único sostenible.

El primero de estos postulados sería la tesis iusnaturalista. El último sería la tesis Kelseniana. Sin embargo, Kelsen, en sus primeros escritos no diferencia la norma jurídica y la proposición o enunciado acerca del Derecho. Es en su obra posterior "General Theory of Law and State", ya citada, en la que Kelsen, como hemos visto, diferencia entre la norma jurídica como proposición prescriptiva y la proposición teórica descriptiva. Ahora bien, la crítica de Ross se centra en la terminología empleada por Kelsen para enunciar esta última: al llamarla "regla" -aunque añade "en un sentido descriptivo" -dice Ross-, Kelsen induce a confusión. Así Ross dirá: "No se sabe qué quiere decir norma en sentido descriptivo. Como todas las restantes proposiciones descriptivas, las de la ciencia del Derecho tienen que ser expresión de lo que "es" y no de lo "debe ser". Tienen que ser aserciones, no directivas (normas).

b) La otra confusión, que aquí no nos interesa, es la consideración de las normas jurídicas como aserciones, "expresiones de una actitud cognoscitiva, no de un propósito o intención. Así, señala Ross, para C.Cossío, fundador de la llamada teoría "egológica" del Derecho, la regla jurídica es el conocimiento jurídico que la comunidad tiene de sí misma. Todas las citas en "Sobre el Derecho y la justicia" Ed. Universitaria de Buenos Aires, traducción de Genaro R.Carrió, 1963, pgs. 9, 10 y 11. La edición que se consulta es la 4ª. edición.

Para una discusión más elaborada de los planteamientos críticos de Ross con respecto de la terminología de Kelsen analizada en esta nota (es decir, la expresión "reglas de Derecho en un sentido descriptivo), vid. la nota de Ross al libro de Kelsen "What in justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science. Collected Essays" en California Law Review, october 1957, vol.45, nº 4, pg. 564 y ss. Hay traducción castellana en Centro Editor de América Latina, Colección Filosofía y Derecho. Buenos Aires, 1969, bajo el título genérico "El concepto de validez y otros ensayos", el artículo que comentamos, en pg. 33-46. En este artículo, Ross vuelve a poner de manifiesto que, en la terminología de Kelsen, las proposiciones de la Ciencia del Derecho no son lógicamente distinguibles de las normas jurídicas mismas. El fundamento de esta confusión, es el carácter del término "validez" en Kelsen, que para Ross carece de todo sentido descriptivo tal y como es usado por el autor alemán.

Hart, como se verá a lo largo de la exposición de este tema,

El Profesor Golding (1), después de considerar la falta de precisión de la expresión Kelseniana "jurisprudencia normativa" (cuya función sería, como ya hemos dicho, la representación o descripción del Derecho de un Ordenamiento jurídico particular en la forma prescrita por la Teoría Pura), nos recuerda una importante división conceptual lógica entre el "uso" y la "mención" de las palabras, distinción que es usada por Hart para una mejor comprensión de la terminología de Kelsen (2). Para Hart, mientras que los órganos legislativos "usan" los

---

(contpag. ant. 1 ) considera desacertada la crítica de Ross, considerando que Kelsen tiene buenas razones para hablar no sólo de "Ciencia de las Normas" sino "ciencia normativa del Derecho" (Rechtsnormen). La distinción entre normas jurídicas y proposiciones jurídicas (Rechtssatze) es destacada por A. Calsamiglia en su libro "Kelsen y la crisis de la Ciencia jurídica, Ed. Ariel, Barcelona, 1977. Los tres criterios de diferenciación entre unas y otras serían: 1) Las proposiciones jurídicas describen el O.J.; las normas jurídicas, prescriben.

2) La proposición jurídica es susceptible de ser V o F, mientras que una norma jurídica es válida o inválida.

3) Las proposiciones jurídicas no crean derecho, mientras que las normas jurídicas crean derecho (Calsamiglia, cit., p.71,74) si bien la distinción puede resultar clarificadora desde el punto de vista analítico y científico, otro problema sería la discusión sobre el propio carácter científico de las proposiciones jurídicas, como bien se señala en el libro citado.

(1) Golding, "Kelsen and the Concept of 'Legal System'", 47 Archiv. fur Rechtsund Sozialphilosophie 355, 364 (Germany 1961). El artículo está recogido en "More Essays in Legal Philosophy", Ed. by Summers Oxford, B. Blackwell, 1971, pgs. 69-100.

(2) La terminología lógica de "uso" y "mención" procede de W.V.O. Quine y es hoy utilizada frecuentemente por la lógica moderna. Un signo usado es un nombre de la entidad designada por el signo. Un signo mencionado es un nombre de sí mismo. El ejemplo que propone Hart en el artículo ya citado, es el siguiente (traducimos un ejemplo similar en castellano):

a) Ejemplo de signo mencionado: "La palabra 'potro' significa en castellano lo mismo que la expresión 'caballo joven'".

b) Ejemplo de signo usado: Fido es un 'potro'. "Fido es un caballo joven".

La distinción entre "uso" y "mención" tiene como base la teoría de la jerarquía de los lenguajes forjada para evitar las paradojas semánticas. Según esta teoría, es necesario distinguir entre un lenguaje dado y el lenguaje de este lenguaje. El lenguaje del objeto-lenguaje es llamado "metalenguaje". La teoría de la jerarquía de los lenguajes fué propuesta por Bertrand Russell en 1922

términos jurídicos, los teóricos del Derecho "mencionan" estos mismos términos: cuando Kelsen afirma que los enunciados de la ciencia Normativa son "reglas" o "enunciados de deber" en un "sentido descriptivo", está "mencionando" estos términos en orden a su explicación, está tratando de explicar el significado de los términos de los actos legislativos "usados" por los órganos legislativos. Es decir, la distinción lógica entre "uso" y "mención" se halla implícita en Kelsen aunque de manera confusa, al diferenciar el sentido descriptivo y prescriptivo del término "debe". Ahora bien, si bien esta argumentación podría ser

---

(cont. pag. en su Introducción al *Tractatus* de Wittgenstein (Hay ant. 2) traducción castellana en Alianza, S.A., Madrid, 1973).

Tarski desarrolló su teoría de la jerarquía de los lenguajes en conexión de la verdad en los lenguajes formalizados (En "*Der Wahrheitsbegriff in den formalisierten Sprachen*", "*Studia philosophica*" 1 (1.935), 281, 2). Posteriormente, Carnap, R. M. Martin, H.B. Curry, H. Reichenbach, etc. ..., han desarrollado éste. Sin embargo, es muy interesante la nota de Ferrater Mora a la voz "mención", ya que aduce un precedente medieval en la distinción "*suppositio formalis*" -por ejemplo: "*Deus est omnipotens*", el signo "*Deus*" es usado- y "*suppositio materialis*" - "*Deus est nomen latinum*", en él que el signo "*Deus*" es mencionado-. Para un desarrollo histórico de estos problemas, William y Martha Kneale, "*The Development of Logic*" (1st. edition 1.961, The Clarendon Press Oxford). Hay traducción castellana en Tecnos, S.A., 1.972. El precedente señalado se encuentra desarrollado excelentemente, en las pgs. 230 - 255 de la edición española.

una respuesta a la crítica que Ross ha hecho de Kelsen, el propio Kelsen insiste en que los enunciados de la ciencia Normativa no son enunciados de "segundo orden" acerca del Derecho cuyas palabras son mencionadas y no usadas (1).

Ahora bien, desde el debate que Hart tuvo con Kelsen en la "Law School" de la Universidad de California en Berkeley en noviembre de 1.961, la crítica del propio Hart fué modificada. Para Hart, la distinción de Kelsen, si bien en su terminología no es muy afortunada, es acertada en el rechazo de la similitud entre la distinción lógica uso/mención y el lenguaje legislativo/lenguaje de la Ciencia Normativa. Hart reconoce, variando así sus anteriores puntos de vista, que los enunciados de los juristas al representar el Derecho son un tipo especial de uso del lenguaje y no una mención del mismo. El uso de la distinción lógica uso/mención es, en definitiva, demasiado fuerte para la diferenciación de dos tipos o usos del lenguaje, el lenguaje legislativo y el lenguaje de la Ciencia Normativa. Entre los argumentos para este cambio de razonamiento, Hart propone un ejemplo (2): un comandante alemán en un campo de prisioneros ingleses y americanos pronuncia las palabras "Stehen sie auf"; el intérprete, cumpliendo su deber, grita: "Stand up!". La "orden" del intérprete es siguiendo a Kelsen, "una orden en un sentido descriptivo", "and his use of the gramatical imperative mood was" descriptive not prescriptive". El intérprete usa el lenguaje de una forma especial, no lo menciona. Siguiendo a Kelsen, se podría decir que el intérprete ha representado la orden original mediante una orden en sentido descriptivo", y que su uso del modo gramatical imperativo fue "descriptivo" y no prescriptivo. La labor del in

---

(1) En la discusión Kelsen/Hart recogida por el propio Hart en el artículo ya mencionado, Kelsen insistió en este punto de vista, aduciendo que su expresión "enunciados de deber en un sentido descriptivo" fué tomada de la obra, de Lotze (1.817 - 1.881), científico y filósofo alemán preocupado por la mediación ciencia-filosofía, tema que influye en el neokantismo.

(2) Art. cit. pg. 715



térprete puede ser asimilada, con todas sus diferencias, a la labor del teórico del Derecho. Ahora bien, de la misma forma que el intérprete puede "representar" la orden de una forma más completa y racional (1), el teórico del Derecho puede reconstruir racionalmente el Derecho de un Ordenamiento jurídico particular (2) y esta es su tarea fundamental. De aquí, dirá Hart, " ... this feature of the jurist's activity explains further why Kelsen would be reluctant to identify his representation of the law with mere statements about the meaning of laws or paraphrases in which rules and "oughts" are mentioned but not used" (3). Si bien

- 
- (1) El texto de Golding es el siguiente: ... "The source of the difficulty lies in Kelsen's demand that the reconstruction must exhibit the above qualities, normativity and legality. Our confusion would have been alleviated had Kelsen distinguished between using and mentioning legal utterances. The official uses the sentence.  
If the situation  $S_1$  obtains, then official  $A_1$  ought to direct that sanctions be applied, to govern the behavior of certain individuals, but the jurisprudent mentions the above sentence in an utterance which apprises us of the law of California. That is, "If the situation  $s_1$  obtains, then official  $A_1$  ought to direct that sanctions be applied", is California Law," pg. 78, Summers(ed). cit.
- (2) El ejemplo que pone Hart es el siguiente: supongamos que el general tiene miedo del fuego y está continuamente ordenando a los prisioneros que recojan del suelo cajas, papeles, etc. Una reconstrucción racional de la orden por el intérprete sería: ¡Recojan X y todo el material inflamable!. Art. cit. pg. 216.
- (3) Golding parte de la relación de la metodología Kelseniana con el concepto de "reconstrucción racional" elaborado -si bien se puede encontrar antecedentes en la geometría euclidiana- por el positivismo lógico o círculo de Viena. Ahora bien, mientras que el neopositivismo tenía como objeto fundamental la reconstrucción racional de las ciencias naturales y de las matemáticas, la noción de reconstrucción racional en Kelsen fué aplicada a la esfera de los ordenes normativo-jurídicos. Ejemplos de las reconstrucciones lógicas del neopositivismo "avant la letre", son los Principia Mathematica de Russell y Whitehead -que reduce la aritmética a la lógica en un lenguaje ideal-, el Tractatus lógico-Philosophicus de L. Wittgenstein- que permite la representación de los hechos en su "forma lógica", de forma que cada hecho es "dibujado" en la proposición que le corresponde-. Las reconstrucciones racionales del positivismo lógico son menos ambiciosas que los propósitos del "primer" Wittgenstein, como por ejemplo las reconstrucciones del concepto de probabilidad en Carnap o Reichenbach. Sin embargo, en todas ellas subyace un motivo:  
"The general underlying motivation of rational reconstructions is the reformulation of a body of scientific propositions or concepts in a precise and systematic manner, employing as a base those concepts or terms which the individual reconstructionist

la terminología empleada por Kelsen no es clarificadora, sí puede llegarse a comprender el fundamento racional de su distinción: la tarea del teórico del Derecho no es tanto el análisis de los términos usados

---

(cont. pag. ant. 3) finds philosophically acceptable. The particular philosophical significance consists in the conceptual tools employed, in terms of which the reconstruction is to be carried out, and in the justification of employing one as opposed to another base. It should also be mentioned that practical considerations play an important role in the selection and justification of the base". Golding, op., cit., pg. 73. "The underlying motif of Kelsen's pure theory logical positivism is the application of the notion of rational reconstruction to legal systems or normative orders".

En este proceso de reconstrucción racional de los sistemas jurídicos -señala Golding-, Kelsen, en primer lugar, trata de proveer de herramientas conceptuales para tal reconstrucción formal ("representación" formalista que no se interesa por el contenido de los Sistemas); en segundo lugar, Kelsen trata de justificar el uso de esas herramientas conceptuales particulares como opuestas a las elaboradas por otras teorías del Derecho. Dentro de este marco metodológico, la jurisprudencia normativa, al describir su objeto, se encuentra con normas, y no con modelos de comportamiento. Ahora bien, los enunciados de deber con los que el teórico del Derecho representa, las normas son descriptivas, reproducen descriptivamente el "deber" de las normas. Mientras que la equivocación del funcionario se traduciría en la invalidéz de su enunciado, la equivocación del jurista o teórico del Derecho demostraría la falsedad del suyo. Una cosa es el Derecho -normas jurídicas objeto de la teoría del Derecho- y otra cosa son los enunciados propios de la Teoría del Derecho.

"Given a legal system, the material produced by the law making authority of a community, the function of jurisprudence, or the science of law, is to construct the "representation" of that material". Golding, op. cit., pg. 75.

por los juristas, sino la reconstrucción racional de los conceptos jurídicos, usando para ello una forma determinada del lenguaje. Para Kelsen, pues, de la misma manera que un conjunto de conocimientos científicos necesita a menudo una reconstrucción racional, así también es necesaria este tipo de reconstrucción en el análisis de los Ordenamientos Jurídicos.

Kelsen no concibe los enunciados del jurista como teniendo una simple correspondencia con las leyes del sistema, en cuestión. La representación final del sistema tendrá un orden, claridad y consistencia que no están presentes en el original. Por tanto, para Kelsen la actividad del jurista no se identifica con simples enunciados acerca del significado de normas o paráfrasis en las que las reglas y los "deber - ser" son mencionados, pero no usados. Después de este análisis, Hart cree que la terminología de Kelsen (regla y "deber ser en sentido prescriptivo") no es una expresión muy feliz, aunque, comprende su imposible correspondencia con la división lógica entre uso y mención. Al igual que las palabras del intérprete, los enunciados del jurista que representan el Derecho son un tipo específico del uso del lenguaje y no una mención de él.

#### A.4.2.3. Crítica de la definición de "acto jurídico".

"¿Cuál es la característica definitiva de esa condición a la que damos el nombre de "acto antijurídico"? Si no pudiera encontrarse otro criterio que el pretendido hecho de que el legislador desea la conducta contraria a aquella caracterizada como "acto antijurídico", entonces el concepto de "acto antijurídico" no sería susceptible de una definición jurídica. El concepto de acto antijurídico definido simplemente como una conducta socialmente indeseable es un concepto moral o político, mejor dicho, un concepto metafísico no un concepto ju-

rídico..." (1).

"Una definición jurídica del acto violatorio tiene que basarse exclusivamente en la noción de norma jurídica. De hecho, tal definición puede darse. Normalmente, el acto antijurídico es la conducta de aquel individuo contra el cual se dirige la sanción, considerada como consecuencia de tal conducta... El criterio de tal concepto es un elemento que constituye el contenido de la norma jurídica... desde el punto de vista jurídico la razón y el propósito del legislador sólo deben tomarse en cuenta en la medida que se hallen expresados en el contenido de la norma".

"La definición del acto antijurídico como la conducta del individuo - contra el cual se dirige la sanción, considerada como consecuencia de tal hecho que la sanción se dirige contra el individuo cuya conducta es considerada por el legislador como perjudicial a la sociedad, por lo cual el mismo legislador trata de prevenir ese comportamiento por medio de la sanción..." (2).

"El concepto jurídico de acto violatorio presupone en principio que el individuo cuyo comportamiento tiene un carácter socialmente perjudicial desde el punto de vista político, y aquel contra el cual la sanción es directa o indirectamente ejecutada, coinciden. Únicamente bajo esta condición es correcta la definición jurídica del concepto de que venimos hablando... (3).

Estos son los textos de Kelsen en los que se puede apreciar un fundamento de su definición de acto antijurídico. Así, Hart, lo definirá siguiendo a Kelsen, como "the behavior upon which according to law a sanction becomes applicable to the person whose behavior it is" (4). Pero lo que critica Hart no es tanto la definición Kelseniana de acto antijurídico desde un punto de vista jurídico, sino precisamente, al haberse marcado Kelsen unos límites metodológicos en su Teoría General, su presuposición del ca-

---

(1) TGDE, op.cit., pág.62.

(2) TGDE, op.cit., pág.63.

(3) TGDE, op.cit., págs.65,66.

(4) Kelsen visited, 718, op cit.

rácter socialmente perjudicial de la conducta cuya consecuencia es la sanción. Es decir, Kelsen, desde un primer momento, se autoimpone una metodología formal avalorativa, carente de cualquier conexión moral o sociológica, metodología que parece romper en el análisis del "acto antijurídico".

La definición jurídica de Kelsen es para Hart una definición restrictiva. Tal restricción metodológica, implica un rechazo de los elementos explicativos que no forman parte del "contenido jurídico". Así, Hart conecta este tipo de definición con tres problemas (1): en primer lugar, el rechazo de Kelsen del concepto psicológico de obligación de Austin, no porque considere que una definición jurídica no pueda usar nunca un elemento psicológico -y prueba de ello es la definición de "mens rea" como condición de la responsabilidad penal en cuyo caso la sanción está dirigida al acto antijurídico psicológicamente cualificado- sino porque estos elementos, en el caso de la obligación jurídica, son irrelevantes para el Derecho; en segundo lugar, el aceptar el punto de vista restrictivo de Kelsen implicaría un rechazo de los enunciados explicativos de los actos antijurídicos -por ejemplo, su consideración de conductas socialmente peligrosas;- así Hart dirá: "...the permitted elements which may be used in juristic definition are those contained in the canonical form for the representation of the law which Kelsen lays down: statements that if such and such conditions are fulfilled then such and such a sanction shall follow. These are the statements by which the normative science of law is said by Kelsen to describe or represent law. They are "hypothetical judgment (s) attaching certain consequences to certain condition" (2): si A es B debe ser" (3). El enunciado explicativo es pues irrelevante para la ciencia normativa.

En tercer lugar, Hart pone en relación la definición jurídica de Kelsen con algunos temas del Realismo Americano. Mientras que los realistas solamente utilizan elementos relevantes para la "predicción" de la sanción jurídica, Kelsen utiliza solamente elementos que, según las reglas jurídicas, son condiciones bajo las cuales la sanción debe ser aplicada.

---

(1) Kelsen visited, 718, 719, 720.

(2) TGDE, pág.53.

(3) Kelsen visited, 720.

La crítica de Hart a la definición jurídica de Kelsen se fundamenta en dos aspectos:

- a) Para Hart, este tipo de definiciones no facilita ninguna utilidad para propósitos teóricos y prácticos.
- b) Puede introducir confusiones.

Una de las confusiones mas claras señaladas por Hart, es la confusión conceptual entre multas e impuestos, su no distinción al seguir el - esquema formalista Kelseniano de la definición jurídica, del acto antijurídico. Incluso si se objeta que el impuesto no es una sanción tendremos que salirnos del concepto jurídico de sanción para determinar qué pagos - obligatorios de dinero son propiamente sanciones.

Como antes hemos mencionado, la presuposición de que el comportamiento sancionado, es socialmente perjudicial, parece romper el esquema de la definición jurídica en Kelsen, al menos en el sentido que el propio Kelsen da a la definición jurídica. Hart distingue entre 1) "definiciones metajurídicas" (1) -que son la mayor parte de las definiciones fundamentales de la Teoría Pura a las que el jurista se ajustará al representar el Derecho de un Ordenamiento jurídico particular y 2) "definiciones jurídicas", que el jurista realmente usará al representar el Derecho de algún Ordenamiento jurídico particular. Las definiciones metajurídicas usadas por Kelsen rompen, pues, los estrechos y formalistas moldes de las definiciones jurídicas. Cuando Kelsen define el acto antijurídico, suponía que el comportamiento contra el que la sanción se dirigía era considerado socialmente perjudicial: Hart considera esta pretensión fundamental para ciertas distinciones, siendo por tanto una importante tarea el tratar de verificar - tales condenas sociales a la hora de contruir una teoría analítica del Derecho que supere el marco estrecho de un formalismo opaco.

#### A.4.2.4. Relación entre el Derecho y la Moral.

Dentro de este epígrafe, tan solo vamos a tratar aquí la crítica de Hart a Kelsen en el tema de la relación entre Derecho y Moral, sin perjuicio de que en otra parte de la tesis abordemos con más extensión este im-

---

(1) Kelsen visited, 721.

portante problema en la obra de Hart. Dos temas fundamentales sostienen esta crítica:

- a) en primer lugar, la tesis de Kelsen de que no existe ninguna relación entre el Derecho y la Moral que haga posible un conflicto de validez entre una norma jurídica y una norma moral (Tesis destructiva).
- b) En segundo lugar, la doctrina constructiva de la "colisión de deberes" (1).

Empezaremos por esta última. Contra la tesis de Kelsen de que dos normas contradictorias no pueden ser válidas al mismo tiempo, se puede argumentar, que, en última instancia existen las llamadas "colisiones de deberes". Hart primero diferencia la "colisión de deberes" con la "crítica moral del Derecho"; para que ocurra el conflicto de deberes debe localizarse en una misma persona con dos tipos de deberes contradictorios sobre un mismo objeto o acción; la crítica moral puede colisionar con el Derecho de una forma más generalizada sin recurrir a una misma acción en la que confluyen dos tipos de deberes. Sin embargo, Kelsen tan solo tiene en cuenta la primera y si bien puede considerarse como un escollo en la defensa de la tesis de la no validez simultánea de dos normas contradictorias, se puede argumentar que -tal y como lo hace Kelsen en la cita (1)- la colisión de deberes no concierne al Derecho y a la moral como normas válidas: simplemente

- 
- (1) En "Kelsen visited", 723, 724. Estas dos doctrinas pueden verse reflejadas en los siguientes pasajes de Kelsen:
- a) Tesis destructiva: "Consideremos el caso de un conflicto entre una norma de derecho positivo y una norma moral. El derecho positivo puede, por ejemplo, imponer la obligación del servicio militar, lo que implica el deber de matar en la guerra, en tanto que la moralidad, o un cierto orden moral, prohíben incondicionalmente que se de muerte a un semejante. El jurista diría, en estas circunstancias, que, "desde el punto de vista moral, puede estar prohibido dar muerte a un semejante, pero que ello no tiene importancia desde el punto de vista jurídico". Desde el ángulo visual del derecho positivo considerado como un sistema de normas válidas, la moralidad no existe como tal o, en otras palabras, no cuenta como sistema de normas válidas si el derecho positivo es considerado como un ordenamiento de este tipo. Desde este punto de vista, exista el deber de prestar el servicio militar, pero no un deber en sentido opuesto. De la misma manera, el moralista diría que "legalmente se puede tener la obligación de prestar el servicio militar y de matar en la guerra, pero que ello no es tomado en cuenta en el orden moral". Es decir, el derecho no aparece en absoluto como un sistema de normas válidas, si basamos en la moralidad nuestras consideraciones normativas. Desde este punto de vista, existe el deber de rehusarse a prestar el servicio militar, pero no hay otro deber en sentido contrario. Ni el -

te se trata de una cuestión de hecho (psicológica o sociológica), como una especie de simultaneidad de dos fuerzas. No se trata de una cuestión de - "normatividad", sino de "facticidad". El enunciado de que una persona tiene un conflicto de deberes es un mero enunciado fáctico del mismo tipo - que el enunciado de que dos fuerzas opuestas gravitan entre el mismo punto, y no enuncia ninguna relación entre significados de normas o enunciados de deber ser. Esta podría ser, resumido, el punto de vista que adopta Kelsen. Y este es, pues, el punto de vista que critica Hart de la siguiente forma (1): en vez de adoptar el punto de vista psicológico de Kelsen, Hart insiste en que el conflicto de deberes tan sólo puede tener lugar en el - caso de que la norma jurídica y la norma moral no puedan cumplirse simultáneamente, es decir, cuando la norma jurídica válida es contraria a la norma moral. Pero este enfoque no es fáctico, la norma jurídica y moral son consideradas como enunciados de deber desde un punto de vista normativo. No se trata de ver el problema desde la encrucijada psicológica del individuo al tener que actuar de dos modos diferentes. En Hart el proceso se objetiva, y por tanto queda rechazado cualquier intento de apoyar un conflicto de deberes en la opinión de los sujetos implicados (en el caso de que A se equivocase con respecto al Derecho válido, y el Derecho válido fuese concordante con la norma moral, no habría conflicto de deberes). De un punto de vista fáctico se ha pasado a un punto de vista normativo. Los procesos psicológicos internos se rechazan como irrelevantes para la determinación objetiva de una colisión de deberes, o, y quizá sea más obvio, para la determinación de la crítica moral al Derecho, tema éste olvidado injustamente por

---

cont.-jurista ni el moralista afirman que los dos sistemas normativos sean válidos. El jurista ignora a la moralidad como un sistema de normas - válidas, así como el moralista ignora la existencia del derecho positivo, como tal sistema. Ni desde uno ni desde el otro de los dos ángulos visuales, existen simultáneamente dos deberes de contenido contradictorio y no hay un tercer punto de vista". TGDE, 445.

b) Tesis constructiva de la colisión de deberes: "El concepto del llamado conflicto de normas o deberes, significa el hecho psicológico de que un individuo se encuentra bajo el influjo de dos ideas que lo impulsan en direcciones contrarias, no la validez simultánea de dos normas contradictorias entre sí", TGDE, 447.

(1) Kelsen visited, 725, y sgs.



Kelsen. En este último caso, el crítico moral que condena el Derecho de su propio o de algún otro sistema, porque exige una conducta contraria a la requerida por algún principio moral, no se compromete con ningún enunciado - de hechos psicológicos acerca de individuos que estén bajo la "influencia de ideas que los impulsan en direcciones opuestas". El crítico simplemente considera el significado de los que Kelsen llama enunciados de deber - ser, contemplándolos como normas y encontrando que están en conflicto.

Habiendo examinado la doctrina constructiva de la colisión de deberes, pasamos a la segunda doctrina objeto de la crítica de Hart. Kelsen niega - la posibilidad de existencia simultánea de dos normas válidas, en virtud de dos tipos de razones: en primer lugar, habla de la ignorancia del jurista de los sistemas de moralidad y de la ignorancia del moralista de los sistemas normativos jurídicos (1). Tal separación "cognoscitiva" parece una - exageración, y en palabras del propio Hart "No human being is just a lawyer or just a moralist. Some at least think about both legal and moral norms - and consider their meaning as norms and find that they conflict" (2); en - segundo lugar, para Kelsen, el enunciado de que una regla jurídicamente válida y un principio moral puedan colisionar es una imposibilidad lógica - (3). De la misma forma y "A no es" existe una contradicción lógica que entre "A debería ser" y "A no debería ser" existe también una contradicción que hace esta relación lógicamente imposible.

---

(1) V.cit. anterior.

(2) Kelsen visited, 726.

(3) La crítica que hace Ross a Kelsen sobre este mismo tema, en relación - con el concepto de validez jurídica, se puede encontrar en "Validity - and the conflict between legal positivism and natural law", texto bi- lingüe de la "Revista Jurídica de Buenos Aires, 1.961, IV. A. Ross, - al analizar el concepto de validez, concluye diciendo que en Kelsen - tiene un significado normativo objetivo. "Solamente con esta interpre- tación resulta posible entender el peculiar punto de vista de Kelsen - de que que es lógicamente imposible considerar a una regla jurídica par- ticular como válida, y al mismo tiempo aceptar, como moralmente obliga- toria, una regla moral que prohíbe la conducta requerida por la regla jurídica. Si la validez jurídica es entendida como una cualidad moral inherente al sistema establecido, esta posición, desconcertante a la - luz de los principios empiristas, adquiere fundamento". En este mismo artículo discute el concepto de validez en Hart, que será objeto de dis- cusión pormenorizada en otro lugar de la tesis, así como de la confu- sión terminológica originada por la traducción inglesa de la palabra - danesa "goeldende" por "valid". Kelsen responde a Ross, si bien no a - su último artículo citado sino a las tesis expuestas en su libro "On - law and justice", en Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht tomo X, Vol.I, 1959, Viena con el título "Eine Realistische" und die - Reine Rechtslehre" (Hay traducción castellana en H.Kelsen, "Contribu-

Para Hart, el decir que una norma jurídica colisiona con una norma moral válida no es equivalente al conjunto de las dos aserciones: "A debería ser" y "A no debería ser", sino que sería equivalente al enunciado acerca de "A debería ser" y "A no debería ser", es decir, se referiría al lenguaje acerca de dos normas válidas y no al, lenguaje de dos normas válidas, y esto no es una contradicción o imposibilidad lógica. Además, desde un punto de vista lógico, el contradictorio de "A debería ser" (1) no es "A no debería ser" (2) sino "No es el caso que A debería ser" (3). Los enunciados (1) y (2) son contrarios, no contradictorios (aunque el conjunto de los dos puede denotar una imposibilidad lógica). Ahora bien, prescindiendo de ambos puntos de vista lo que Hart afirma es la posibilidad de un conflicto entre Moral y Derecho, conflicto que no implica ningún tipo de imposibilidad lógica. El argumento importante para Hart en el hecho de que hay muchas interpretaciones de los enunciados de "deber ser" que explican la posibilidad de un conflicto entre Derecho y Moral sin llegar a enunciar una imposibilidad lógica. Uno de estos intentos sería el expresar el enunciado "A debe ser hecho" por medio de "hay buenas razones para hacer A". De esta forma, los enunciados "A debe jurídicamente ser hecho y A no debe moralmente ser hecho" serían equivalentes a "Hay buenas razones jurídicas para hacer A y buenas razones morales para no hacer A". Esto expresaría un conflicto porque es lógicamente imposible para una persona hacer simultáneamente A y no A, pero, en principio, no afirma nada contradictorio o lógicamente imposible. Así dice Hart:

"An intuitively acceptable meaning for" A ought to be done" is that - "there are good reasons for doing A". If we give "ought" this meaning then "A ought legally to be done and A ought morally not to be done" is equivalent to "there are good legal reasons for doing A and good moral reasons for not doing A" (1). Es decir, para Hart es lógicamente imposible que una persona haga al mismo tiempo A y no A. Pero la expresión de que hay o existen buenas razones jurídicas para hacer A y buenas razones morales para no ha

---

cont.-ciones a la Teoría Pura del Derecho", Buenos Aires, 1969. Si bien estos temas serán tratados con detenimiento en el análisis del concepto de validez jurídica en Hart, es útil, como resumen de la polémica Kelsen/Ross. "Lógica de las normas", Tecnos, 1971, págs 45 y 147.

(1) Kelsen visited 728.

cer A no es una imposibilidad lógica (1)

A.4.2.5.-Tesis de la coherencia lógica de las normas que se refieren a sí mismas y su discusión con Kelsen (problema de la autoreferencia).

En su artículo "Self-Referring Laws" (2), el profesor Hart, a partir de un texto de Kelsen (3), defiende la tesis de la coherencia lógica de las normas que se refieren a sí mismas. Así, en la primera parte de su artículo trata de defender sus puntos de vista en polémica con Kelsen mientras que

- 
- (1) Así, Hierro, al referirse a las expresiones normativas como clase de expresiones del lenguaje prescriptivo, dirá: "son expresiones con palabras como "deber" "tener que", "no poder", "no estar permitido", haber de", "estar obligado", "obligación" y otras análogas. Expresiones de esta clase expresan que existen razones para que el agente actúe de cierto modo, razones que tienen que ver con la existencia de normas y principios de conducta". "Problemas de análisis de L.Moral", pág.52, Tecnos, 1970. En este sentido, el excelente libro de Joseph Raz "Practical Reasons and Norms" defiende la tesis de que el concepto clave para la explicación de las normas es el de "razones para la acción". Hutchinson of London, 1979. La estructura lógica de los enunciados que establecen razones es "R (p), p.x", fórmula que se leerá así: el hecho p es una razón para el sujeto x de realizar la acción p.
- (2) "Self-Referring Laws", H.L.A.Hart, offprint from the publication in honour of Karl Olivecrona: Festskrift tillagnad Professor, juris Doktor Karl Olivecrona vid hans Argend från professorsambetet den 30 juni 1964 av Kolleger, larfungär och vänner, Kungl Bocktryckeriet P.A. Norstedt Söner, Stockholm, 1964, pp. 307-16.
- (3) El texto es la sección titulada "La serie infinita de sanciones de la TGDE, op.cit., pág. 33. Entre otras cosas, Kelsen dice: "Otro argumento contra la doctrina que hace de la coacción un elemento esencial al derecho y declara que las sanciones forman un elemento necesario dentro de la estructura jurídica, es el siguiente: si es necesario garantizar la eficacia de una norma prescribiendo en otra una sanción para el caso de que la primera no sea obedecida, resulta inevitable una serie infinita de sanciones, un "regressus ad infinitum". Pues, "a fin de asegurar la eficacia de una norma de grado n, es necesario una norma de grado n más uno". Como el orden jurídico sólo puede hallarse compuesto por un número limitado de normas, las que establecen sanciones presuponen otras que no las establezcan. La coacción no es un elemento necesario, sino sólo posible del derecho", p. 33.

en la segunda parte trata de rechazar las argumentaciones críticas que por parte de Ross pretenden fundamentar la incoherencia lógica y carencia de significado de las normas auto-referentes (1).

El texto de Kelsen citado en la nota (3) expone una de las críticas - que se han objetado contra la tesis de la coercibilidad como elemento esencial al Derecho. Ahora bien, para Kelsen, el problema de la coacción "no es un problema de aseguramiento de la eficacia de las normas, sino un problema sobre el contenido de las mismas". Es decir, para Kelsen, el hecho - de que no se asegure la eficacia de todas las normas de un Ordenamiento Jurídico mediante normas sancionadoras (siempre existirá una regresión infinita de normas y sanciones; la eficacia de una norma  $n$  está asegurada por otra norma,  $n+1$ , ésta por otra norma  $n+2$ ....etc), no excluye la posibilidad de considerar como jurídicas a las normas que establecen sanciones. Si por un lado Kelsen acepta el argumento de la regresión infinita, por otro lado no cree que este argumento rechace el concepto de coerción como un elemento esencial del Derecho. Ahora bien, Hart trae a colación el contraargumento de Austin, según el cual no es esencial que la sanción provista en el caso de transgresión de una regla deba ser establecida por otra norma, sino que puede ser provista por ella misma. Es decir, la propia norma jurídica regula su sanción en el caso de su no cumplimiento.

Expondré a continuación el ejemplo que propone Hart para demostrar - la posibilidad lógica de tal teoría (2).

Regla I: Ningún individuo debe robar.

Regla II: Un órgano de la comunidad (un juez) castigará a quien infrinja cualquier norma, incluyendo ésta.

De la Regla II derivarían los siguientes deberes:

Caso I: Un juez debe castigar a cualquier individuo que robe.

Caso II: Un juez debe castigar a un juez que no castigue a un individuo que robe.

---

(1) Los textos de Ross, son: el capítulo XVI "Legislación" de su libro que salva importantes defectos terminológicos de la edición inglesa (véase en la crítica del concepto de validez, págs. 76-82). También, de una forma más detallada y completa "On self-reference an a difficult puzzle of Constitutional Law", 1967. Hay traducción castellana, "Sobre la auto-referencia y el difícil problema de derecho constitucional" en A. - Ross, "El concepto de validez y otros ensayos", Buenos Aires, 1969, - págs. 47-81.

(2) Self-referring, op.cit., págs. 309.

Caso III: Un juez debe castigar a un juez que no castigue a un juez -  
que no castiga a un individuo que robe.

Etc. Etc...

Bajo este ejemplo, Hart argumenta diciendo que de lo que se trata -  
aquí, no es una regresión infinita de reglas jurídicas, sino que una misma  
regla (la Regla II) se refiere a una serie infinita de casos relacionados  
unos con otros. Claro está que la regla II no es una regla "autoreferente"  
en sentido estricto. La regla II se refiere, en primer lugar, al caso de -  
infracción de una norma distinta de la propia regla II, y, en segundo lugar,  
al caso de infracción de la propia regla II. Una regla autoreferente en sen-  
tido estricto, sería, por ejemplo, el caso que propone Hart: "Regla IIA -  
Un juez debe castigar a cualquier individuo que infrinja esta regla" (1).

La relación o serie de deberes derivados de esta regla serían: "Un -  
juez debe castigar a un juez que no castiga a un juez que no castiga a un  
juez..." ad infinitum. Así dirá Hart: "The reason for this difference bet-  
ween Rule II and Rule IIA does not lie in any recondite logical doctrine -  
about self-reference. It is a simple consequence of the obvious fact that  
the idea of punishing for a breach of a rule is essentially incomplete. It  
is incomplete without the idea of a rule which requires behavior other -  
than punishment. This means that, though it is perfectly good sense to pro-  
vide a series of punishments for failures to punish, there must be some ul-  
timate reference to punishment for something else. In this respect we might  
compare the notion of a copy which is similarly incomplete without the idea  
of something which is not a copy. We may indeed order the making of copies  
of copies of copies, etc..., but the series, if it is to start at all, must  
start with the copy of an original", (p.310, op.cit.). (2)

Por tanto, y según el ejemplo anterior, para Hart no hay nada lógicamen-  
te objetable en una regla que se refiere a una serie infinita de casos re-  
lacionados unos con otros (3).

Además, se pueden encontrar ejemplos explícitos de normas auto-referen-  
tes en algunas cláusulas del Derecho Constitucional que protegen la modifi-

---

(1) Self-referring, op.cit., pág. 310.

(2) Self-referring, op.cit., pág. 310.

(3) El tema de las normas que se refieren a sí mismas será explicado con mu-  
cho más detalle en el capítulo dedicado a la polémica Hart/Ross, ya que  
este último autor ha criticado ampliamente los puntos de vista de Hart.

cación de ciertos artículos o provisiones constitucionales mediante la -  
prescripción de un procedimiento riguroso para su posible modificación. -  
Evidentemente, no existe ninguna cláusula puramente auto-referente de es-  
te tipo; una norma que prescribiera sanciones solamente para ella sería ló-  
gicamente incompleta. Así, dirá Hart: "For the idea of a law relating to  
the repeal of a law is parasitic upon the idea of a law which does not on-  
ly refer to repeals. Given an ultimate reference to such other laws there  
is, it seems to me, no reason why a law should not also refer to its own -  
repeal" (1).

#### A.4.2.6. Teoría de la Unidad del Derecho.

##### A.4.2.6.1. Introducción.

La doctrina Kelseniana de la unidad del Derecho, podría ser resumida,  
como hace al propio Hart, en dos notas características, una positiva y la  
otra negativa (2).

Podríamos formularlas de la siguiente forma:

- 1) Todas las normas válidas forman necesariamente un único sistema. -  
"Desde el punto de vista lógico no es posible sostener que normas  
simultáneamente válidas pertenezcan a sistemas distintos e indepen-  
dientes entre sí" (3).
- 2) Las normas válidas no pueden estar en conflicto. "Dos normas que -  
por su significación son contradictorias y que por ende, se exclu-  
yen reciprocamente desde el punto de vista lógico, no pueden ser -  
consideradas a un mismo tiempo como válidas" (4).

---

(1) Self-referring, op.cit., pág. 312.

(2) La revisión crítica de esta teoría la lleva a cabo en "Kelsen's Doctri-  
ne of the Unity of Law". Ethics and Social Justice, vol.4 of Contempo-  
rary philosophy Year conferences at Brockport, New York, 1970. Hay trad.  
castellana, "Teoría de Kelsen sobre la unidad del Derecho", Instituto  
de Investigaciones Jurídicas, Boletín Mexicano de Derecho Comparado,-  
Año VII, nº 21, Sept-Dic. 1974, UNAM, México, págs. 105-140.

(3) TGDE, pág. 432.

(4) TGDE, pág.446. De la misma forma, V."Teoría Pura del Derecho" UNAM, Mé-  
jico, 1979, pág.32.

Esta formulación de la teoría de la unidad del Derecho puede ser considerada como la "versión fuerte" de la teoría, mientras que la "versión débil" diferiría de ésta en que, mientras que aquella parece defender la necesidad lógica de tales formulaciones, ésta tan solo afirmaría la existencia fáctica de las mismas. Como el problema de la unidad del Derecho es tratado en Kelsen al analizar las relaciones estructurales entre el Derecho Internacional y el Derecho nacional, las dos versiones de la teoría podrían ser expresadas diciendo: a) el Derecho Internacional y el Derecho Nacional

forman necesariamente un único sistema y entre ellos no pueden existir conflictos normativo-jurídicos. Se trata, pues, de un postulado epistemológico.

b) De hecho, el Derecho Internacional y el Derecho Nacional forman un único sistema, no existiendo conflictos entre ellos (1).

El análisis crítico de esta doctrina lo lleva a cabo Hart en el artículo ya mencionado. Antes de comentar su contenido, así como las tesis que sustenta, para Hart, el análisis y crítica de la teoría Kelseniana de la unidad del Derecho puede hacernos reflexionar sobre dos puntos fundamentales:

- 1) La tarea ingente que la jurisprudencia analítica tiene que llevar a cabo, en la clarificación del significado de la aserción común de que el Derecho pertenece o constituye un sistema de normas, así como una descripción de los criterios para la determinación de la pertenencia de las normas al sistema, y la distinción de un sistema con respecto a otro.
- 2) Un examen de las características de la lógica de las normas y sus interrelaciones en Kelsen, así como la necesidad de algo más comprensivo que las formas actuales de la lógica deóntica.

El análisis de Hart se centra en los siguientes puntos:

- I.-crítica de la teoría de la unidad del Derecho Internacional y Derecho Nacional de Kelsen en sus dos versiones, antes expresadas.
- II.-crítica de la teoría no conflictual del Derecho Internacional y Derecho Nacional de Kelsen en sus dos versiones, antes expresadas.

---

(1) El análisis de Kelsen es similar al análisis que realiza del sistema normativo moral y del sistema normativo jurídico en sus relaciones estructurales. Así, por ejemplo, TGDE, pág.445 y sgs. Sin embargo Kelsen no afirma que las normas jurídicas válidas y las normas morales formen, necesariamente o de hecho, un sistema único. Por el contrario, como he

III.-obtención de una serie de conclusiones para una construcción teórica de un análisis más satisfactorio de la noción de "sistema - jurídico" y de la naturaleza de los criterios que determinan su pertenencia e identidad, así como de los principios de individuación de los sistemas jurídicos (1)

A.4.2.6.2. La unidad del Derecho Internacional y del Derecho Nacional.

A.4.2.6.2.1. Teorías monistas y pluralistas.

La teoría monista de Kelsen defiende la unidad del derecho Internacional y Nacional, frente a las pretensiones de las teorías pluralistas que - diferenciaban dos tipos de ordenamientos jurídicos: el internacional y el nacional. Ahora bien, la teoría de la unidad, puede ser entendida, en Kelsen, de dos formas: por un lado, como una construcción teórica que haga de rivar del Derecho Internacional la validez del resto de los ordenamientos jurídicos, incluido el Derecho Nacional (2); por otro lado, como una construcción teórica que considere al ordenamiento jurídico nacional el fundamento de un único sistema unificado, siendo el Derecho Internacional y el resto de los ordenamientos simples partes subordinadas que derivan su validez del propio ordenamiento jurídico (3). Para Kelsen, las dos formas expuestas no afectan a la tesis fundamental de la necesaria unidad de todo - el Derecho.

---

cont.-mos visto, existen sólo normas jurídicas y, desde otro punto de vista, existen únicamente normas morales. Estos dos puntos de vista son recíprocamente excluyentes y exhaustivos.

- (1) La expresión "sistema jurídico" podría ser traducida por "ordenamiento jurídico", expresión mas acorde con la cultura jurídica continental especialmente italiana. Los juristas franceses hablan de "système" como término que traduce el de Ordenamiento. Sobre este punto, vid. las objeciones planteadas por G.Tarello, "Il diritto come ordinamento", Atti del X Congresso nazionale della società italiana di filosofia giuridica e politica" (Bari, 3-5 octubre, 1974), a cura di R.Orecchia, Milano, Giuffrè, 1976.
- (2) Así, Kelsen hablará de la "primacía del Derecho Internacional" TGDE, 448.
- (3) "Primacía del Derecho Nacional", op.cit., misma pág. 454. La elección entre estos dos sistemas no se debe a razones jurídicas, sino que es una cuestión de ideología política guiada por consideraciones éticas y políticas.



Para Hart la metodología de Kelsen adolece de un defecto principal: - su teoría del Derecho se concentra exclusivamente en los contenidos de las normas, prestando poca atención a las circunstancias que acompañan a la creación jurídico-normativa. Entre el contenido de un orden y la descripción de una acción existe un conjunto de relaciones complejas que no pueden ser descritas como simples descripciones de acciones contenidas en la orden que - se aplica (1). La Teoría Pura del Derecho se concentra exclusivamente en - el contenido de las normas, prestando muy poca atención a las circunstancias que se refieren a la producción u origen de las normas, y a su reconocimiento -y por quienes como normas obligatorias

#### A.4.2.6.2.2. Relaciones de Complementación.

Uno de los principales apoyos de la teoría pluralista es la diferenciación del objeto del Derecho Internacional y del Derecho Nacional; a diferente objeto, distinto Ordenamiento Jurídico; el Derecho Internacional - tendría, así, como objeto de regulación, el comportamiento de los Estados, mientras que el objeto del Derecho Nacional sería el comportamiento de los individuos. Esta diferenciación de objetos es criticada por Kelsen en defensa de su teoría monista, desde dos perspectivas: en primer lugar, como contraejemplo de la anterior teoría podría ser destacado el hecho de que - algunas reglas del Derecho Internacional se aplican directamente a los particulares (2); en segundo lugar, la descripción de las reglas de Derecho In

---

(1) Hart, art. cit. 174. Después de explicar un ejemplo en el que se pone de manifiesto la insuficiencia de una explicación basada exclusivamente en la descripción del contenido de una orden y la conducta subsiguiente. Una teoría "pura" de los imperativos no debe ignorar -según Hart- los hechos y circunstancias que acompañan la emisión y recepción de las órdenes, ya que si se limita exclusivamente a la caracterización de las relaciones entre el contenido de las órdenes y la descripción de las acciones, esto sería necesariamente insuficiente para resolver la cuestión de si una persona ha obedecido una orden particular. Termina recordando la importante distinción entre "no obedecido" y "desobedecido" - (mientras que el "no obedecido" implicaría la existencia de alguna interrupción o circunstancia modificadora del proceso emisión-recepción del discurso, el "desobedecido" haría referencia al procesos internacionales negativos del sujeto pasivo).

(2) TGDE, 409.

ternacional como "de aplicación a los Estados" no puede ser construida en contraposición a las reglas del Derecho Nacional de "aplicación a los individuos", sino que tiene que contrastarse con "la aplicación directa" a los individuos: las normas del Derecho Internacional, serían, según esta caracterización, normas incompletas, es decir, "exigen una complementación procedente de las normas del nacional... En este sentido, el orden jurídico - internacional "delega" en los nacionales la complementación de sus propias normas" (1).

Hart llama "completing set" (literalmente podríamos hablar de "un conjunto que se complementa" así como su correspondiente "completion relations-hip"), al conjunto de reglas que completan la identificación de los individuos sobre los que se aplican otras reglas. El Derecho Internacional y el Derecho Nacional estarían mediatizados por una relación similar a la existente entre una ley de Derecho nacional y un reglamento de cualquier corporación. El ejemplo paralelo que propone Kelsen es interesante en opinión - de Hart; los reglamentos de una Corporación derivan su validez de las leyes que determinan la manera en que deben ser limitadas las propias regulaciones corporativas, así como su contenido.

"these statutes and bye-laws all belong to the same system because - they satisfy the criteria recognized by English courts as identifying the laws which they are to enforce" (2).

Ahora bien, la relación de "complementación" puede darse, tanto entre normas del mismo sistema jurídico, como entre normas de diferentes sistemas. Por tanto, este tipo de relación no es suficiente para demostrar que las -

---

(1) TGDE, 414,415. Así también dirá: "En la primera parte de este tratado se ha mostrado como la conducta humana regulada por una norma jurídica consta de dos elementos: el elemento material, es decir, lo que debe - hacerse o evitarse, y el elemento personal, o sea la determinación del sujeto de lo que debe hacerse o evitarse. Una norma sólo es completa - cuando determina ambos elementos. Usualmente, las del Derecho Interna- cional sólo determinan el elemento material y, en este sentido, son in completas. Esperan recibir su complementación de las normas del derecho nacional" TGDE, pág. 408.

(2) Hart, op.cit., pág. 177.

normas relacionadas pertenecen a un único sistema. Por ejemplo, en el caso del Derecho Nacional y los estatutos de una Corporación, la ley que impone obligaciones a la sociedad, así como las leyes anteriores bajo las cuales fueron hechos los estatutos de la sociedad, pertenecen al mismo sistema jurídico, con independencia del problema de las relaciones de complementación que existan entre la ley que impone obligaciones a la sociedad y sus estatutos. Hart sostiene que esas leyes y esos estatutos pertenecen al mismo sistema jurídico porque satisfacen los criterios reconocidos por los tribunales ingleses al identificar las normas que ellos tienen que aplicar. Es decir, la pertenencia de las normas a un mismo Ordenamiento Jurídico no depende de ninguna relación de complementación, sino de una práctica social de reconocimiento, llevada a cabo por los operadores jurídicos, al identificar las normas que tienen que aplicar. Hart, posteriormente, elaborará su teoría de la Regla de Reconocimiento sobre el trasfondo social de esta práctica, y no sobre algún criterio formal o normativo o presuposición lógica (1).

#### A.4.2.6.2.3. Relaciones de validez.

"Como el orden jurídico internacional no sólo requiere como complementación necesaria que existan los ordenes jurídicos nacionales, sino que determina también en todos los aspectos posibles sus ámbitos de validez, el Derecho Internacional y el Nacional forman un todo inseparable" (2).

Para Hart, este texto de Kelsen expone el fundamento de su teoría monista basada en el principio de eficacia (TGDE, p.143) que determina o es la razón para determinar la validez del orden jurídico nacional, así como su esfera territorial y temporal de validez. El principio de eficacia legitima distintos ordenes coercitivos pertenecientes a distintos territorios formando todos juntos un único sistema. La relación que establece el principio de eficacia (3) es denominada por Hart "relationship of validating -

---

(1) Hart, op.cit., pág. 177.

(2) Kelsen, TGDE, pág. 418.

(3) "El principio de efectividad no es una norma del Derecho Positivo, sino únicamente una hipótesis del pensamiento jurídico... De lo anterior se infiere que bajo el Derecho Internacional los Estados no son soberanos, o lo que equivale a lo mismo, que el orden jurídico internacional, al determinar el ámbito y la razón de validez de los ordenes jurídicos nacionales, forma, junto con éstos, un orden jurídico universal", Kelsen, TGDE, pág. 441.

purport": al igual que la "relación de complementación", este tipo de relación no es suficiente para defender los postulados de la teoría monista:

"it is not sufficient in order to establish that two roles form part of a single system to show that one of them provides that rules of a certain description satisfied by the other are valid. I shall also - argue that when such a relationship holds between two roles it is - dangerously misleading to express this fact by stating, without stressing a very important qualification, that one rule "determines the - validity" of the other or is "the reason for its validity" (1)

El hecho de que la relación de "validez" se da entre el principio de eficacia -tratado como una regla de Derecho Internacional- y las reglas de Derecho Nacional, no demuestra que el último derive su validez del primero, y por lo tanto, no justifica el rechazo de las teorías pluralistas que niegan la pertenencia a un único sistema jurídico del Derecho Internacional y del Derecho Nacional.

El ejemplo argumentativo que propone Hart es el siguiente: supongamos que el Parlamento británico aprueba una Ley (Ley de validez del Derecho Soviético, 1970) que se propone validar el derecho de la Unión Soviética al afirmar que las leyes efectivas en el territorio soviético -incluyendo - aquellas que se refieren a la competencia de las autoridades legislativas y judiciales- serán válidas. La promulgación de esta Acta por el Parlamento británico no puede suministrar una razón para decir que el Derecho Inglés y el Derecho Soviético forman un único sistema jurídico (en expresión de Kelsen, que el Derecho soviético deriva su validez del Derecho Inglés, o que el Derecho Inglés "es una razón para la validez" del derecho Soviético): y la razón fundamental para sostener esta crítica es que las instituciones que hacen cumplir el Derecho en la Unión Soviética, no reconocen - las operaciones del Parlamento británico como criterio identificador de las leyes que ellos hacen cumplir al igual que no reconocen el Acta británica como determinante o influyente en la validez del Derecho Soviético en territorio Soviético. Lo que sí se puede decir es que, en base a los propósitos del Derecho inglés o, según el Derecho Inglés, las leyes Soviéticas derivan

---

(1) Hart, op.cit., pág. 179.

su validez de una ley inglesa; los tribunales ingleses en su proceso de adjudicación aplicarán el Derecho soviético en los casos o conductas en que lo harían las autoridades soviéticas. La Ley integra al Derecho soviético como parte del Derecho inglés para tales propósitos. Ahora bien, habría - que diferenciar -siguiendo a Hart-, dos tipos de preguntas, que podemos po<sub>n</sub>erlas en paralelo con otros dos tipos de preguntas relaciones con el Derecho Internacional y el Derecho Nacional:

- A) 1) El Derecho Inglés y el Derecho Soviético, ¿Forman parte de un - único sistema jurídico?.
- 2) ¿El Derecho Soviético deriva su validez del Derecho Inglés?.
- 1') El Derecho Internacional y el Derecho Nacional ¿forman un único sistema jurídico.
- 2') ¿El Derecho Nacional deriva su validez del Derecho Internacio-  
nal?.
- B) 1) ¿Considera el Derecho Inglés al Derecho Soviético formando par-  
te de un único Sistema Jurídico.
- 2) ¿Es el Derecho Soviético válido según el Derecho Inglés?.
- 1') ¿Considera el Derecho Internacional (principio de eficacia al -  
Derecho Nacional como formando parte con él de un único Sistema  
Jurídico?.
- 2') ¿Es el Derecho Nacional válido según el Derecho Internacional -  
(según el principio de eficacia)?.

Mientras que las preguntas del bloque B son preguntas acerca del contenido de las leyes, las primeras no son preguntas que conciernen exclusiva-  
mente al contenido, sino que también se refieren a su modo de reconocimiento.

Para Hart, la teoría pura de Kelsen, transforma todas las preguntas -  
acerca de las leyes y su relación en cuestiones de contenido o cuestiones  
concernientes acerca de lo que dicen las leyes; ahora bien, no todas las -  
preguntas son de este tipo. La determinación en un único sistema del Derecho  
Internacional y del Derecho Nacional depende exclusivamente de la for-  
ma en que un Estado reconoce al Derecho Internacional. El argumento de Kelsen  
fracasa, ya que la relación de validez existente entre el principio de  
eficacia -entendido como norma del Derecho Internacional- y las normas del  
Derecho Nacional, no demuestra que este último derive su validez del primero  
ni demuestra que los pluralistas estén equivocados al negar la unidad -  
del Derecho Internacional y del Derecho Nacional.

A.4.2.6.2.4. Crítica de la unidad conceptual del Derecho Internacional y Nacional.

La "versión fuerte" de la tesis de Kelsen sostiene que todo el Derecho válido forma necesariamente un único sistema, constituyendo el Derecho Internacional y el Derecho Nacional un sistema único como postulado epistemológico de la teoría jurídica. El postulado se refiere a la terminología de la necesidad lógica. Como antes habíamos expuesto, para Kelsen, la existencia de los sistemas normativos independientes se traduce en una imposibilidad lógica.

Hart ve en esta versión Kelseniana de su teoría de la unidad, dos tipos de argumentos:

1) por un lado, el argumento que llamó "epistemológico", es decir, el enunciado que afirma la pertenencia de las normas jurídicas a un único sistema se basa en una forma de conocimiento o ciencia del Derecho, "which studies both, international law and municipal law as falling under the single description "valid laws" and thus represents "its object" as a unity" (1).

2) el segundo argumento demuestra que la tesis monista de Kelsen depende de su tesis acerca de la imposibilidad de conflictos entre normas válidas (2).

---

(1) Hart, op.cit., pág. 181. En Kelsen, la formulación de este postulado - epistemológico se puede encontrar en, TGDE, págs. 443, 444. La unidad del derecho nacional y el derecho internacional es un postulado epistemológico. El jurista que acepta ambos derechos como conjuntos de normas válidas, debe tratar de concebirlas como partes integrantes de un sistema armónico". En la Teoría Pura del Derecho, op.cit., págs. 330 - y ss. Es interesante la cita verbal que Hart hace de Mackie acerca de la similitud entre la teoría del espacio único en Kant y el "espacio - normativo" en Kelsen, en Hart, op.cit., pág. 198.

(2) Teoría Pura del Derecho. op.cit., págs. 214 y 215.

#### A.4.2.6.3. Teoría de la no contradicción.

La ausencia de conflictos, es, pues, el criterio negativo de la unidad del derecho internacional y del derecho nacional en un sistema único; puede haber conflicto entre normas del Derecho Internacional y normas del Derecho Nacional, así como entre normas del Derecho y normas de la moralidad: sin embargo, el problema que puede plantear el conflicto queda salvado según Kelsen si consideramos a una de las dos normas como válidas, ignorando la validez de la otra norma (1).

Ahora bien, ¿qué significa que las normas o que los sistemas normativos estén en conflicto?, ¿cómo se relaciona un conflicto entre normas con el problema de la inconsistencia o contradicción lógica?

La crítica de Hart a este punto discutible, basada en algunas distinciones realizadas por representantes de la lógica deóntica y la lógica de los imperativos, podríamos esquematizarlas de la forma siguiente (2):

##### A.4.2.6.3.1. Los conflictos como la imposibilidad lógica de la conformidad simultánea.

Hart parte de la tesis aceptable de que los conflictos entre dos reglas que exigen y prohíben acciones deben ser comprendidos en términos de la imposibilidad lógica de su obediencia simultánea: "Two such rules conflict if and only if obedience to them both ("joint obedience") is logically impossible" (3). La inconsistencia lógica del cumplimiento simultáneo de dos reglas contradictorias sería, pues, la característica definitoria del conflicto entre normas. Dichas normas estarán en conflicto si sus respectivos enunciados de obediencia son lógicamente inconsistentes y no pueden ser al mismo tiempo verdaderos.

---

(1) Teoría del Derecho. op.cit., pág. 332 y ss. La teoría pluralista convencional, ante tales conflictos, sostendría que los dos sistemas normativos constituyen sistemas separados de normas válidas.

(2) Los argumentos están desarrollados, en la obra cit., Hart: "Kelsen...", págs. 183 y sgs.

(3) Hart, op.cit., pág. 183.

Pero -siguiendo a Hart- del hecho de su imposibilidad lógica de obediencia simultánea no se deduce la imposibilidad lógica de su coexistencia válida: "joint obdience to these rules would be logically impossible, but their coexistence as valid rules would be logically possible" (1)

Hart diferencia, desde el punto de vista de la naturaleza y posibilidad lógica de un conflicto, entre las normas que prescriben y prohíben acciones y las simples órdenes o mandatos emitidos en segunda persona dirigidos por un individuo a otro individuo. Dos órdenes de este tipo -argumento Hart- se encuentran en contradicción si la obediencia simultánea a dichas órdenes es lógicamente imposible, demostrado en forma de enunciados de obediencia lógicamente inconsistentes (2). Sin embargo, el conflicto entre normas y otras reglas es más complejo que el conflicto entre simples órdenes. Kelsen fué consciente de ello, como el propio Hart acentúa: "Law and rules, as Kelsen acknowledges (...) instead of requiring or forbidding action may either expressly permit action, or by not forbidding them tacitly permit them; and it is clear that there may be conflicts between laws or - legal systems that expressly or tacitly permit" (3). Para tales casos, Hart propone, no solo usar la noción de obediencia (apropiada para reglas que prohíben y prescriben acciones) sino también la noción de "actuar de acuerdo con un permiso". Hart adopta el término genérico de "conformidad" que integra tanto la obediencia a reglas que prescriben o prohíben como a las acciones subsumibles bajo el concepto de permiso, y la expresión "enunciados de conformidad" para cubrir ambos tipos de enunciados. Las reglas permisivas son equiparables en su forma a las reglas imperativas, siendo lógicas

---

(1) Hart, op.cit., pág. 184.

(2) Sin embargo, como señala el propio Hart, es posible lógicamente que - dos órdenes contradictorias sean dirigidas por diferentes personas al mismo individuo, o que un mismo individuo de órdenes inconsistentes en pequeños intervalos de tiempo a una misma persona. Sobre la diferencia entre órdenes y mandatos y el aspecto lógico de los imperativos de segunda persona, vid. J.S.P. Hierro, "Problemas del análisis del lenguaje moral", Tecnos, Madrid, 1970, pág.62 y ss.

(3) Hart, op.cit., pág. 185.



mente imposible su conformidad simultánea con las reglas prohibitivas (1); en este caso, las normas serán contradictorias.

#### A.4.2.6.3.2. Conflicto e Inconsistencia lógica.

Para Kelsen, el enunciado que afirma la existencia de dos normas válidas conflictivas implica una contradicción; es lógicamente imposible que puedan existir dos normas válidas que estén en conflicto (2). En el fondo de esta conclusión yace la distinción conocida de Kelsen entre derecho y enunciados sobre el derecho, entre normas y enunciados de deber en un sentido descriptivo "enunciados descriptivos-deónticos" ("descriptive-ought statements").

Para Hart, al explicar los "enunciados de deber en un sentido descriptivo", hay que tener en cuenta tres cosas:

- 1) El "debe" usado por Kelsen tiene un sentido especial y amplio, que incluye prescripciones (o mandatos), permisos y autorizaciones. (3).

---

(1) Como el propio Hart señala, el test de la "conformidad simultánea" es aplicable a todas las reglas siempre que una de ellas sea prohibitiva. Las reglas permisivas no pueden entrar en conflicto, aunque la conformidad simultánea de dos reglas permisivas puede ser lógicamente imposible (el ejemplo que propone Hart —a su vez propuesto por el prof. J.L. Mackie es, "se permite abrir la ventana", "Se permite cerrar la ventana"). Hart, 198, nota 43. Un estudio lógico de los "permisos" puede verse en G.H.von Wright. "Norma y Acción. Una Investigación lógica", cit., p.100-107. También, v.N.Rescher, "Conditional permission in deontic logic", Philosophical Studies, 13 (1962) y "Semantic foundations for conditional permission", Philosophical Studies, 18 (1967); A.Ross "Lógica de las normas", Tecnos. Madrid, 1971, p.111 y ss., donde se discute la afirmación de von Wright de que permiso no puede definirse como negación de obligación.

(2) Por ej., en TGDE, pg.446 "Dos normas que por su significación son contradictorias y que, por ende, se excluyen reciprocamente desde el punto de vista lógico, no pueden ser consideradas a un mismo tiempo como válidas". El enunciado según el cual dos normas válidas están en conflicto es, o implica, una contradicción. Para Kelsen, la coexistencia de normas válidas, pero contradictorias, ya sea del mismo o de diferente sistema normativo, es una imposibilidad lógica, y no es simplemente el caso de que la conformidad simultánea a dichas normas sea lógicamente imposible.

(3) "Teoría pura del Derecho", cit., págs. 18 y 19.

- 2) Los enunciados descriptivos de deber no se refieren exclusivamente al Derecho (se pueden referir también a las normas morales).
- 3) Los enunciados de deber en un sentido descriptivo, dentro del contexto jurídico, se refieren a sistemas jurídicos particulares; esto se hace claro, utilizando la expresión "según el Derecho X....".

¿Qué relevancia tienen los enunciados descriptivos de "deber" con el problema de los conflictos entre normas? Para Kelsen, los principios lógicos sólo pueden ser aplicados a las reglas que describen las normas, cuyos valores semánticos de verdad y falsedad coinciden con los valores de los principios lógicos (1). Como hemos visto antes, para Kelsen los enunciados "A debe ser" y "A debe no ser" son similares lógicamente en su relación carente de sentido a los enunciados "A es" y al mismo tiempo "A no es". Así, dirá Hart: "Accordingly, it is a logical impossibility for two such rules - to be valid: only one of them can be regarded as valid. Kelsen thus sepacks throughout his books as if conflicts between laws were a form of logical inconsistency, so that it is, logically impossible that conflicting rules should coexist and not merely that joint conformity with them is logically impossible" (2).

---

(1) "Dado que las normas jurídicas, en cuanto prescripciones es decir, en cuanto mandamientos, permisiones, facultamientos, -no, pueden ser ni verdaderas, ni no verdaderas, aparece la cuestión de cómo pudieran aplicarse los principios lógicos, en especial, el principio de no contradicción y las reglas de inferencia, a las relaciones entre normas jurídicas (como la teoría pura del Derecho lo ha efectuado siempre), si, conforme con la opinión tradicional, esos principios sólo se aplican a las expresiones que pueden ser verdaderas o no verdaderas. La respuesta a este interrogante es la siguiente: los principios lógicos, si bien no directamente, por lo menos indirectamente, pueden ser aplicados a las normas jurídicas, en tanto y en cuanto esos principios sean aplicables a los enunciados jurídicos que describen esas normas jurídicas, enunciados que pueden ser verdaderos o no verdaderos Dos normas se contradicen y, por ende, no pueden ser afirmadas como simultáneamente válidas, cuando los dos enunciados jurídicos que las describen se contradicen, y una norma jurídica puede ser inferida de otra, cuando los enunciados jurídicos que las describen pueden articularse en un silogismo lógico. "Teoría pura del Derecho", cit., págs. 87-88. (El subrayado es mío).

(2) Hart, op.cit., pág. 187.

Para Kelsen pues, los conflictos entre dos normas son inconsistencias lógicas, no meras imposibilidades lógicas en su conformidad simultánea.

Para Hart, la tesis Kelseniana de que los enunciados "A debe ser" y "A debe no ser" son enunciados contradictorios, no puede ser admitida, ya que, si bien acepta su inconsistencia lógica, los califica de enunciados contrarios. El enunciado contradictorio de "A debe no ser hecho" es "no es el caso de que A no deba ser hecho": sus enunciados descriptivos deónticos no describen dos normas que prescriben y prohíben la misma acción, sino dos normas que prohíben y permiten la misma acción. Independientemente de esta argumentación, en opinión de Hart, no es una verdad autoevidente que los dos enunciados contrarios anteriormente citados, incluso si dichos enunciados describen normas de un mismo sistema, sean lógicamente inconsistentes. Desde el punto de vista de la lógica deóntica, se admite la posibilidad de obligaciones contradictorias (1).

Sin embargo, para criticar la tesis de Kelsen según la cual el Derecho Internacional y el Derecho Nacional no pueden estar en contradicción, Hart cree que no es necesario insistir en el punto de que la existencia de conflictos, incluso entre normas del mismo sistema, no es una imposibilidad lógica, ya que los argumentos de que no puede haber conflictos entre el D. Internacional y Nacional son tenidos en cuenta por Kelsen con independencia de la tesis de que ambos Ordenamientos Jurídicos forman un mismo sistema.

En opinión de Hart, los argumentos de Kelsen sobre la imposibilidad de los conflictos entre normas se derivan de su posición sobre las relaciones lógicas entre los enunciados descriptivos deónticos que describen normas contradictorias. Ahora bien, Kelsen no tiene en cuenta el simple hecho de que los enunciados descriptivos deónticos son verdaderos sólo en relación a los sistemas que describen, y una exacta formulación de ellos debería ir

---

(1) Sobre este punto, son interesantes las reflexiones de Ross, "Lógica...", cit., p. 145, 146 y 147, con referencia a la obra de Kelsen y a su posterior evolución. Para Ross, la pretensión de Kelsen sobre la ausencia de contradicciones se debe a su herencia neokantiana, cautivado por la idea de que las expresiones normativas expresan un conocimiento.

precedida de las palabras "de acuerdo con el Derecho x....". De la inconsistencia lógica de dos normas no se sigue la inconsistencia lógica de sus respectivos enunciados descriptivos deónticos.

A.4.2.6.3.3. La versión débil de la teoría de la no contradicción.

Kelsen sostiene que lo que se considera como un conflicto entre normas del Derecho Internacional y las normas de un Derecho estatal, no constituye un conflicto normativo, dado que la situación puede ser descrita en enunciados jurídicos que de ninguna manera se contradicen lógicamente (1). El conflicto entre una ley estatal y un tratado internacional puede encontrar su analogía, dentro del orden jurídico particular de un Estado, con la denominada ley anticonstitucional o la sentencia "contra legem". En opinión de Kelsen, la "contrariedad normativa" de una norma no significa un conflicto entre una norma inferior y una norma superior, sino sólo la anulabilidad de la norma inferior, o la punibilidad del órgano responsable (2). La promulgación de tal norma puede ser sancionada, pero la norma así establecida mantiene validez, no sólo en el sentido de que guarda validez hasta su eliminación mediante un acto jurídico cumplido en un procedimiento especial - previsto por el orden jurídico para ese fin, sino también en el sentido de que de ninguna manera puede ser posible eliminarla en tanto en cuanto el orden jurídico no provea tal procedimiento. Dice Kelsen: "La relación del derecho internacional con la norma considerada contraria al derecho internacional es la misma que se da cuando entre una constitución estatal que - por ejemplo, en el catálogo de los derechos fundamentales- determine el contenido de las leyes futuras, y la ley que afecte esos derechos fundamentales, siendo así contraria a la constitución, siempre y cuando esa constitución no prevea ningún procedimiento mediante el cual se pueda eliminar, fundándose en su inconstitucionalidad, la ley en cuestión, limitándose a -

---

(1) "Teoría Pura....", op.cit., pág. 332.

(2) Esto concuerda con la concepción Kelseniana del "acto antijurídico", - ya que este hecho delictivo sólo constituye una condición específica - a la que el Derecho enlaza consecuencias específicas.

la posibilidad de responsabilizar personalmente a ciertos órganos por la producción de la denominada ley inconstitucional. La determinación del contenido de los órdenes jurídicos estatales particulares por el derecho internacional se produce en un sentido alternativo, de igual modo que la determinación del contenido de leyes futuras por una constitución que no establece ninguna jurisdicción de control de constitucionalidad" (1).

Así pues, para Kelsen, la norma del Derecho Internacional no busca determinar directamente el contenido de las leyes estatales, sino, sólo, determinar la licitud o ilicitud de su promulgación. Este argumento de Kelsen es considerado por Hart como un argumento ingenioso pero que, al fin y al cabo, no evita el conflicto entre el Derecho Internacional y el Derecho Nacional (2): simplemente lo traslada en un punto diferente y demuestra que no es un conflicto entre normas (el tratado y la ley) que prescriban y prohíban la misma acción, sino entre normas que prohíben y permiten la promulgación de la ley.

#### A.4.2.6.4. Los criterios de pertenencia de un Ordenamiento Jurídico.

##### A.4.2.6.4.1. Introducción.

La identidad de un Ordenamiento Jurídico se basa en el criterio o conjunto de criterios que determinan qué normas pertenecen al Ordenamiento y qué normas no (3). Para Austin, una norma es parte del sistema jurídico sí, y sólo si fué establecida, directa o indirectamente, por el soberano del sistema. Para Kelsen una norma es parte del sistema si, y sólo si es autorizada por la Norma fundamental del sistema. Para Hart, una norma pertenece al sistema si, y sólo si debe ser así reconocida de conformidad con la Regla de Reconocimiento del sistema.

---

(1) "Teoría Pura...", op.cit., pág. 333.

(2) "Kelsen's Doctrine...", op.cit., pág. 190.

(3) Vid. J.Raz, "The Identity of Legal Systems", 59 California Law Review (1971), págs. 795-815 (ahora en "The Authority of Law", Clarendon Press, Oxford, 1979, págs. 78-102); hay trad. cast., "La Identidad de los Sistemas Jurídicos", Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Año VII, nº 19, Enero-Abril 1974, págs. 139-163 y Rolando Tamayo y Salmerón, "Los sistemas jurídicos y sus criterios de identidad", op.cit., págs. 179-204.

El problema de la identidad, al quedar definido como la búsqueda de los criterios que determinan qué normas pertenecen al sistema jurídico, debe ser diferenciado del problema de la individuación de las normas -búsqueda de los criterios que sirven para determinar las "unidades básicas" (normas jurídicas completas) que constituyen el sistema jurídico- y de la individualización de las normas -creación de normas individuales-. El problema de la identidad podría ser reformulado de la siguiente forma: es la búsqueda del criterio o del conjunto de criterios que proporcionan un método para determinar si un conjunto de enunciados normativos constituyen, si son verdaderos, una completa descripción de un sistema jurídico.

El problema de la identidad debe ser separado asimismo del problema de la existencia, ya que los criterios de existencia de los sistemas jurídicos se ocupan de proporcionar un método que permita determinar cuándo una descripción completa es una descripción verdadera, es decir, un método que permita determinar si el sistema jurídico descrito existe realmente (1).

#### A.4.2.6.4.2. Reconocimiento y Relación de Validación.

Como hemos visto antes, para Kelsen la relación de pretensión de validación ("relationship of validating purport") era suficiente para hacer que las normas que participan en ella sean miembros del mismo sistema jurídico. Para Hart esta tesis está equivocada, ya que, según vimos en el ejemplo anterior, la "Ley de validez del Derecho Soviético", aunque se propone dar validez a los actos de creación normativa del legislador soviético, no sería reconocida por los órganos de identificación y aplicación del Derecho como una norma que tiene algo que ver con la validez del Derecho Soviético. Así dirá Hart: "Without such recognition, we can only say the Soviet Laws Validity Act purports to validate the laws of the U.S.S.R., or that - according to English law, or for the purposes of English law, Soviet law is a subordinate part of the English legal system; we cannot, unless there is such recognition, say that the validity of the laws of the U.S.S.R. is derived from the Soviet Laws Validity Act, or that the law of the U.S.S.R. - and the U.K. form parts of a single system" (2). Un grupo de normas relacio

---

(1) Sobre esto, v.J.Raz, "The Concept of a Legal System", op.cit., p.49 y 70.

(2) "Kelsen's Doctrine...", op.cit., pág. 191.

nadas solamente por la relación de validez antes expresada, no corresponde al concepto de Sistema u Ordenamiento Jurídico que los abogados y especialistas en Derecho o Ciencia Política efectivamente usan. Para el profesor de Oxford, los criterios de pertenencia de las normas a un Ordenamiento Jurídico, así como la distinción entre distintos sistemas jurídicos, vienen determinados en última instancia por el reconocimiento que los órganos ("agencias") de identificación y aplicación del Derecho llevan a cabo en un territorio dado.

#### A.4.2.6.4.3. Individuación de normas.

La "relación de validez" de Kelsen es aquella relación que se presenta entre el contenido de las leyes que pretenden dar validez a otras leyes o procedimientos de creación normativos y estas leyes o procedimientos. Los ejemplos más característicos de esta relación son las normas que confieren poderes legislativos a personas o cuerpos de personas. La descripción de estas normas (las normas "creadas por x") debe corresponder con la descripción usada por la norma que confiere poder legislativo ("las normas creadas por x deben ser obedecidas"). Ahora bien, en el contexto de la concepción hartiana del Derecho, lo importante es que los tribunales o los órganos - que identifican el Derecho en el territorio respectivo reconozcan a una específica norma que propone conferir poderes a x y la traten como la razón para reconocer también a las normas a las cuales pretende dar validez. Esta norma debe ser identificada no sólo por su contenido, sino centrando nuestra atención en otros elementos, como son sus autores, su modo de creación, los datos de su fecha de promulgación, etc., elementos que facilitan la distinción por parte de los tribunales de dos normas a pesar de la identidad de su contenido.

La tesis de Hart consiste en afirmar que para considerar si dos normas pertenecen al mismo sistema o a diferentes sistemas no podemos usar como - criterio de pertenencia al mismo sistema, el hecho de que una de ellas deriva su validez de otra. Hace falta algo más: "Only when we know that the Soviet constitution is recognized by the Soviet courts as a reason for recognizing laws enacted in accordance with its provisions, and so belongs - to the same system as those laws, are we in a position to state that the -

latter derive their validity from the former" (1).

A.4.2.6.4.4. La Norma Fundamental como criterio de pertenencia.

En este apartado tan sólo haré referencia a la Norma Fundamental de Kelsen en relación con el problema planteado por Hart, ya que la comparación y análisis de la Norma Fundamental y la Regla de Reconocimiento se discute en otro capítulo de la tesis (2).

La tesis de Kelsen consiste en que las normas forman un sistema porque su validez se remonta y deriva de una norma fundamental (3). Ahora bien, - argumentará Hart, si sólo se puede fundamentar la validez de las normas en otras normas, cuando se conoce, mediante el test de reconocimiento, a qué sistema pertenecen las normas, será imposible remontarse hasta la Norma Fundamental para que nos diga a qué sistema pertenecen las normas o para - que explique su unidad en un solo sistema. La Norma Fundamental de la constitución de los Estados Unidos podría ser formulada diciendo, por ejemplo, que la constitución es válida (4). Sin embargo, salvo que se tenga algún - criterio independiente que permita saber qué significa para las normas pertenecer a un sistema, no se puede remontar a la constitución ni a la norma básica. Solo se podrían establecer relaciones de pretensión de validación, las cuales, no pueden determinar la unidad de diferentes sistemas jurídicos. Así, dirá Hart: "If our sole criterion for membership of the system is the traceability of validating purport we cannot break off at the dividing line at which we would wish to break off" (5).

---

(1) "Kelsen's Doctrine...", op.cit., págs. 193.

(2) V. apartado B.2.1.4.3.

(3) "Teoría pura del Derecho", op.cit., pág. 204; "Teoría General del Derecho y del Estado", op.cit., págs. 129 y ss.

(4) "Kelsen's Doctrine..."., op.cit., pág. 194.

(5) "Kelsen's Doctrine...", op.cit., pág. 194.



A.4.2.6.4.5. Problemas de Reconocimiento.

La noción hartiana del reconocimiento por parte de los órganos que - identifican y aplican el Derecho, contempla una situación característica - de los sistemas jurídicos nacionales modernos, en donde existen tribunales y órganos especiales para la identificación y aplicación del Derecho. Sin embargo, esta noción de reconocimiento plantea numerosas ambigüedades; - ¿se podría decir que una norma no pertenece a un Ordenamiento Jurídico hasta que fuera aplicada por un tribunal al resolver un litigio?. La pregunta afecta a la relación entre la existencia y eficacia de las normas, una de las cuestiones fundamentales que afectan a la naturaleza del Derecho. El planteamiento de Hart pone énfasis en las instituciones que aplican el Derecho y en el reconocimiento que hacen los órganos aplicadores, reconocimiento que se convierte en condición necesaria de la existencia de las normas. Normalmente, el reconocimiento consiste en la aplicación de normas previamente creadas por la legislación, el precedente o la costumbre, aunque en algunos casos los tribunales tienen la discrecionalidad de crear Derecho.- Ahora bien, afirmar que una norma es parte de un sistema sólo si es reconocida por los tribunales, no significa que las normas sean descripciones o predicciones de lo que los tribunales hacen o van a hacer: parecen existir muy pocas razones para negar que una norma promulgada por una legislatura en un sistema jurídico que funciona normalmente sea una norma del sistema aún antes de ser aplicada por los tribunales en litigios.

Un ulterior problema de interpretación podría derivarse -sañala Hart (1)- del hecho de la existencia del Derecho Internacional Privado o de las reglas que regulan el conflicto de leyes con elementos extranjeros en relación con el concepto de reconocimiento por parte de los tribunales. Las - normas de un país que son reconocidas y aplicadas por los tribunales de - otro, según el concepto de reconocimiento como criterio de pertenencia, podrían hacernos llegar a la conclusión de que tales normas pertenecen al orden jurídico del primero como del segundo. Ahora bien, se podría matizar este concepto mediante un ejemplo: si un tribunal español considera un matrimonio celebrado en Francia como válido porque las formalidades fueron las

---

(1) "Kelsen's Doctrine..."., op.cit., pág. 195.

que exigía el Derecho francés, el tribunal español no aplica realmente el derecho francés sino que aplica una norma similar en contenido a aquella - que el tribunal francés aplicaría a las partes si éstas comparecieran ante él en un caso similar aunque de carácter completamente interno. Para salvar estas dificultades, Hart nos ofrece una distinción entre el reconocimiento original y el reconocimiento derivado: mientras el primero ocurre cuando, por ejemplo, un tribunal español aplica una ley española -el tribunal no - basa su reconocimiento y aplicación de la ley en el hecho de que los tribunales de otro país hayan reconocido o que reconocerían-, el segundo tiene lugar cuando surgen cuestiones de Derecho Internacional privado, en cuyos casos parte del razonamiento del tribunal para reconocer una norma es que ésta haya sido o pudiera ser originalmente reconocida por los tribunales - de algún otro país.

#### A.4.3. HART Y EL REALISMO JURIDICO NORTE-AMERICANO

##### A.4.3.1. Introducción.

A finales del siglo XIX, la ciencia jurídica estuvo dominada en Norteamérica por un positivismo de tipo lógico-sistemático que puso a la Teoría del Derecho en fuerte oposición con el poderoso desarrollo industrial y social de la época. Durante el siglo XX se produce una reacción contra este formalismo. Se abandona la lógica jurídica tradicional y se busca un modelo epistemológico en las ciencias naturales. En la moderna teoría del Derecho norteamericano predomina el método sociológico y el voluntarismo, la idea de que el Derecho es comportamiento del juez y la ciencia jurídica - una predicción metódica de este comportamiento, sobre la base de proposiciones experimentales formuladas por vía inductiva (1). Para Tarello, el rea-

---

(1) Una caracterización general de este movimiento puede encontrarse en G. Tarello, "Realismo Giuridico", Novissimo Digesto Italiano, Tomo XII, - Turin, 1967, págs. 923-933 (ahora reproducido en "Diritto, enunciati, usi", Il Mulino, Bologna, 1974, págs. 51-85; W.E.Rumble, "American Legal Realism", Cornell University Press, Ithaca, 1968; A.Hunt, "The Sociological Movement in Law", The Macmillan Press Ltd., Londres, 1978, págs. 37-59; W.Twining, "Karl Llewelyn and the Realist Movement", Londres, 1973.

lismo jurídico norteamericano afirma que el campo de estudio de los juristas es la regularidad de los comportamientos que son presupuesto de la resolución de controversias, y que la interpretación y aplicación del Derecho es un problema práctico en el que lo relevante es la solución alcanzada (1). No creo que sea necesario en esta breve introducción analizar el contexto social que subyace al realismo norteamericano (finales de los años 20 y - años 30, depresión económica, "New Deal" de Theodore Roosevelt, etc.), sus orígenes intelectuales (jurisprudencia sociológica de R.Pound y B.N. Cardozo, pragmatismo de O.W.Holmes, C.S. Pierce y W.James, etc.), sus formulaciones teóricas (Llewellyn, J.Frank, J.W.Bingham, H.Oliphant, F.S.Cohen) o sus pretensiones metodológicas (funcionalismo, conductismo) (2). Sin embargo, creo que es conveniente comparar algunas de las tesis defendidas por el realismo jurídico norteamericano en relación con la obra de Hart, aunque los temas que analizaremos aquí se repiten de una forma más pormenorizada, en otros capítulos del presente trabajo (separación conceptual entre el Derecho y la Moral, teoría predictiva de la obligación, formalismo y escepticismo ante las reglas). Lo único que quiero subrayar en este apartado es el hecho de que "la corriente doctrinal" del realismo jurídico norteamericano es uno de los enfoques metodológicos que han sido tenidos en cuenta por Hart a la hora de reconstruir, a partir de la Teoría analítica del Derecho ("Analytical Jurisprudence") y de la teoría jurídica de Kelsen, una teoría general del Derecho.

Antes de analizar algunas de las tesis de modo comparativo, quiero precisar una cuestión preliminar. La obra de Hart puede ser considerada como

---

(1) Tarello, "Realismo Giuridico", op.cit., págs. 74 y 75.

(2) El estudio más completo, en castellano, que he podido consultar sobre el transcurso y desarrollo teórico del realismo jurídico norteamericano, ha sido el cap. III de la tesis doctoral del profesor Liborio Hierro S. Pescador dedicada al estudio del realismo jurídico escandinavo (septiembre, 1979), trabajo que se publicará en la colección "El Derecho y el Estado", dirigido por Elias Diaz y el Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, ed. Fernando Torres-Editor, S.A., Valencia.

un intento de reconstrucción de una Teoría General del Derecho; se trata - de una descripción completa de un Ordenamiento Jurídico abstracto desde el punto de vista conceptual y funcional. Sin embargo, el alcance Teórico del realismo jurídico norteamericano no tiene tales pretensiones; como ha dicho Karl Llewellyn, "there is no school of realists. There is no likelihood - that there will be such a school. There is, however, a "movement" in thought and work about law. The movement, the method of attack, is wider than the number of its adherents. It includes some or much work of many men who - would scorn ascription to its banner" (1). Treinta años más tarde, Llewellyn decía: "Realismo is not a philosophy, but a technology...what realism was, and is, is a method nothing more" (2). No hay ninguna intención, por parte de los realistas, de formular una completa Teoría del Derecho que suministre un aparato conceptual capaz de competir con otros paradigmas del pensamiento jurídico. Esta diferencia metodológica entre el realismo jurídico - norteamericano y la teoría del Derecho de Hart ha de ser tenida en cuenta si se quiere precisar sus divergencias y similitudes.

Sin ánimo de ser exhaustivo, creo que sería conveniente recordar, al menos sumariamente, las características generales del movimiento jurídico - norteamericano de los años treinta. Siguiendo a W.E. Rumble (3), la influencia del pensamiento jurídico de Holmes fué tan importante en el posterior movimiento realista, que un resumen de sus tesis principales no puede dar - la clave del desarrollo posterior llevado a cabo por los principales representantes de tal movimiento.

1) Escepticismo hacia las reglas generales como medios para alcanzar decisiones particulares.

2) Valoración de la función de los factores extrajurídicos en el análisis del Derecho

3) Insistencia en los factores inconscientes -y no lógicos- en la determinación del Derecho

---

(1) K.Llewellyn, "Some Realism About Realism", 44 Harvard Law Review, 1931 p.1233-1234; vid. también E.W. Patterson, "Jurisprudence: Men and Ideas of the Law", págs. 537-538 (1953).

(2) K.Llewellyn, "The Common Law Tradition -Deciding Appeals", Boston, 1961, p. 510.

(3) Rumble, "American...", op.cit., págs. 39-41.

4) Relativismo sobre la certeza del Derecho.

5) Necesidad de conocer los factores reales de la vida jurídica, y obrar en consecuencia.

Si Holmes representa desde el punto de vista jurídico el paradigma metodológico a partir del cual se desarrolla posteriormente el contenido de la tesis del realismo jurídico norteamericano, creo que es necesario subrayar la importancia del pensamiento filosófico norteamericano en la década de los años veinte, es decir, la filosofía pragmátista de James y Dewey (1).

La peculiaridad más relevante del realismo norteamericano reside en ser un movimiento estrechamente vinculado a la actividad práctica de abogados, jueces y profesores, generalmente de disciplinas jurídicas particulares; sus antecedentes, como ya hemos señalado, se remontan a la obra del juez Holmes y a la influencia del pragmatismo en el pensamiento norteamericano de principios de siglo, conectados con la filosofía pragmátista de W. James y el instrumentalismo de Dewey. Estos factores, junto al intuicionismo de Th. Veblen y a la "jurisprudencia sociológica" de R. Pound hacían posible y necesaria una renovación amplia de la teoría jurídica.

#### A.4.3.2. Tesis centrales.

En este apartado intentaré analizar tres tesis, comparativamente, con el fin de delimitar las conexiones y diferencias conceptuales entre Hart y la escuela norteamericana.

---

(1) Así, dirá Tarello: "Non è dubbio che gli aspetti del pensiero holmesiano che più hanno impressionato i realisti sono riconducibili a quello che potrei dirsi il suo pragmatismo". G. Tarello, "Il realismo giuridico americano", Dott. A. Giuffrè editore, Milan, 1962, pág. 36. Una visión general de la filosofía norteamericana durante el siglo XX puede encontrarse en la compilación, estudio introductorio, notas y bibliografía de Paul Kurtz "American Philosophy in the Twentieth Century", The Macmillan Company, Londres, 1966. (Hay trad. cast. de Francisco J. Perea, "Filosofía norteamericana en el siglo veinte", F.C.E., Mexico, 1972). Una visión actual de la Teoría del Derecho en los Estados Unidos puede verse -así como en la bibliografía citada- en R.S. Summers. "Present state of legal theory in the United States", 5 Rechtstheorie 1/1975, p. 65-82.

#### A.4.3.2.1. Separación entre el Derecho y la Moral.

Aunque este tema es objeto de estudio más detallado en otro apartado de la tesis, es conveniente llevar a cabo ciertas precisiones.

La diferencia conceptual entre el "Derecho que es" y el "Derecho que debe ser" fué una de las tesis fundamentales del positivismo jurídico anglosajón (Bentham y Austin) retomada posteriormente por Hart como núcleo metodológico de su obra. Esta distinción debe ser mantenida a pesar de los intentos de reconducción de las "zonas de penumbra" del Derecho bajo propósitos, objetivos y criterios de conveniencia. Para Hart las leyes padecen de una incurable insuficiencia, teniendo los jueces que decidir racionalmente los casos de la "zona de penumbra" en función de determinadas finalidades sociales. Ahora bien, insistir en la distinción de los utilitaristas - es subrayar que el núcleo fijo de significado establecido es Derecho en un sentido de algún modo centralmente importante, y que si bien hay fronteras, no todo es zona de fronteras. Si esto no fuera así, argumentará Hart, la noción de reglas que controlan las decisiones de los tribunales carecería de sentido. Tal como pretenden algunos de los representantes del realismo jurídico norteamericano situados en actitudes extremas (1).

Lo que quiero subrayar aquí es el distinto enfoque que Hart y los realistas llevan a cabo al tener en cuenta un mismo problema: para Hart, la existencia de zonas de penumbra (o de significado impreciso) en las reglas jurídicas no puede llevarnos a concluir la unión entre el Derecho y un deber ser moral que posibilite la interpretación de la vaguedad de un Ordenamiento Jurídico en función de fines sociales y morales. Una cosa es la fenomenología de la decisión judicial -que puede verse afectada por múltiples intereses de muy variada indole- y otra bien distinta es la propia naturaleza del Derecho y su pretendida unión conceptual con la Moral. Por el contrario, para los realistas, todo son zonas de penumbra, no se tiene en cuenta ningún núcleo cierto de significado de las reglas jurídicas; así, uno de los representantes contemporáneos del realismo jurídico, podrá decir: - "The choice between alternatives, the selection of the path to be pursued, cannot but be influenced by the decision-marker's 'ought to be'...when we

---

(1) "El Positivismo Jurídico y la separación entre el Derecho y la Moral", op.cit., pág. 39.

enter the realm of the judge's 'serious business', the prosecutor's discretion, the practising lawyer's choices, we need a moral theory fully as demanding as the older natural law tradition but more directly addressed to the points of strain at which moral insights are most needed. In realist perspective, choice, decision, and responsibility for decision are central elements for a philosophy of law" (1).

Quizá las diferencias entre Hart y los realistas norteamericanos en este punto se deban a problemas de matiz y no de principio. Así E. Hunter Taylor, resumiendo su postura en este punto, ha llegado a decir: "While the approaches of Hart and the Realists develop from the same starting point, they differ radically in emphasis. Hart's theory allows morality a direct role in legal administration only at the outer edges; the Realists provide an orderly method of injecting moral considerations into the mainstream of a lawyer's everyday "serious business". Actually what Hart is saying is - that uncertainty exists only on law's outer limits and that in this area moral considerations can properly be used in the administration of law. The Realist is saying that the lawyer who attains a high level of understanding of that with which he works can readily dispose of the many routine, easily answered questions and focus his attentions on law's broad lee-way areas. Thus if a lawyer knows his business, there is significant room for the injection of moral considerations into the bulk of what will be his day to day endeavours" (2). A pesar de que esta caracterización general tiene un enfoque plausible, no creo que ofrezca una visión correcta de la obra de Hart, ya que para Taylor la única diferencia existente entre nuestro autor y la tesis de los realistas radica en la mayor o menor área de intersección del Derecho y la Moral bajo la cual subyace, a su vez, una concepción más o menos amplia de la vaguedad o textura abierta del Ordenamiento Jurídico.

---

(1) H.W.Jones, "Law and Morality in the Perspective of Legal Realism" (1961), 61 Columbia Law Review, p. 808-809.

(2) E.Hunter Taylor, "H.L.A. Hart's Concept of Law in the perspective of - American Legal Realism", 35 Modern Law Review (1972), pág. 610. El subrayado es mío.

#### A.4.3.2.2. La Falacia del silogismo lógico en la argumentación judicial.

En un conocido pasaje de la obra de O.W.Holmes, "The Common Law, se dice, (1): "The life o the law has not been logic; it has been experience. The felt necessities of the Time, the prevalent moral and political theories, intuitions of public policy avowed or unconscious, even the prejudices which judges share with their fellow-men, have had a good deal more to do than - the syllogism in determining the rules by which men should be governed".

Posteriormente, tanto los realistas como Hart han estado de acuerdo - en considerar el método silogístico como una explicación insatisfactoria de las decisiones y argumentaciones jurídicas. Ahora bien, uno de los temas - centrales de la teoría del Derecho de Hart consiste en la importancia - que concede a las reglas como elemento central y dominante de un área de - certeza y seguridad jurídica. A pesar de conceder mucha importancia a la - textura abierta del Derecho (2), dice Hart: "...la vida del derecho consiste en muy gran medida en la orientación o guía, tanto de los funcionarios como de los particulares, mediante reglas determinadas que, a diferencia - de las aplicaciones de standars variables, no exigen de aquéllos una nueva valoración de caso a caso" (3). Pues bien, lo que Hart critica del realismo jurídico norteamericano es su concepción del Derecho como el conjunto - de las decisiones de los tribunales y su posible predicción (4). Sin intención de analizar esta forma de escepticismo ante las reglas jurídicas (5),

---

(1) O.W.Holmes, "The Common Law", Boston, 1981, pág.3. El subrayado es mío.

(2) El problema de la textura abierta del lenguaje jurídico ha sido tratado en la primera parte de la Tesis, así como en el capítulo "Formalismo y escepticismo ante las Reglas".

(3) C.D., cit., págs. 168 y 169.

(4) La teoría predictiva del Derecho fué formulada en sus orígenes por Oliver Wendell Holmes en una célebre conferencia dictada con la ocasión - de la inauguración de un nuevo edificio para la escuela de Derecho de la Universidad de Boston, en 1897, titulada "The Path of Law". Hay trad. cast. "La Senda del Derecho", con prólogo de Eduardo Angel Russo, ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1975, En la pg. 21 de esta edición, Holmes dice: "Yo entiendo por "Derecho" las profecías acerca de lo que los tribunales harán en concreto; nada más ni nada menos". Asimismo, K.Llewellyn, en su celebre obra "The Bramble Bush", Nueva York (1930) dijo: "what officials do about disputes is..the law itself" (p.12 de la 2ª ed. de 1951).

(5) Este tema ~~hasido~~ objeto de estudio en el capítulo titulado "Formalismo y escepticismo ante las reglas...". (ap. A.1.2.3.)



lo único que aquí quiero subrayar es el diferente enfoque metodológico que Hart lleva a cabo en su consideración del Derecho donde un punto de vista normativo, al valorar positivamente la función social que las reglas jurídicas llevan a cabo como guías del comportamiento social. De la negación - del silogismo lógico -premisa mayor y menor- como forma de las decisiones judiciales, no se deduce la concepción del Derecho como un juicio predictivo del comportamiento de los jueces sin que se tome en consideración la importancia teórica y práctica de las reglas jurídicas.

La mayor contribución del movimiento realista norteamericano fué en la reelaboración de la teoría de la interpretación y aplicación del Derecho por los jueces y demás funcionarios. El punto de partida lo constituyó J.-Dewey (1) al criticar el aparente logicismo del razonamiento judicial: para Dewey la lógica del Derecho ha de ser una lógica de consecuencias y no de antecedentes, una lógica de predicción de probabilidades más que de deducción de certidumbres (2). E.W. Patterson resumió el carácter de la lógica instrumental en tres rasgos (3): 1) la lógica se refiere principalmente a situaciones problemáticas; 2) la lógica instrumental subraya la función creadora del conocimiento reflexivo al crear un nuevo conocimiento y 3) la lógica instrumental no ignora los aspectos sistemáticos de un cuerpo de conocimientos. Los dos primeros rasgos constituyeron un método singular para el movimiento realista, que se propuso sustituir la ficticia certeza del deductivismo-formalista por una investigación sobre las "reglas reales", investigación que permitiría enunciar y predecir lo que realmente hacen los órganos judiciales y demás funcionarios.

---

(1) "Logical Method and Law", Cornell Law Quarterly, X, 1924, p. 17 y ss - (publicado posteriormente en la ed. de Ray D.Henson, "Landmarks of Law Highlights of legal opinion", Harper and Brothers, Nueva York, 1960. - Beacon Press, Boston, 1963, 2ª ed. de 1966).

(2) "Logical...", cit., en "Landmarks...". cit., pág. 125.

(3) Edwin W. Patterson, "Logic in the Law", University of Pennsylvania Law Review, nº 90 págs. 875 y ss, 1942. Incluido en "Landmarks....", cit., págs. 127 y ss; v. en particular p. 138-142.

La negación del deductivismo (Dewey) y la concepción del Derecho de Holmes, constituyeron el esquema posterior de la reflexión sobre el razonamiento judicial: la premisa mayor ya no será un dato, sino que será construida en el proceso de decisión. Ni la norma, ni el precedente judicial podrán actuar como la premisa mayor de un silogismo, ya que el razonamiento práctico no obedece a los mismos esquemas del razonamiento teórico. De la misma forma, la premisa menor no es un dato, sino que se construye en el proceso de decisión. Así, J. Frank puso de relieve que el pensamiento tradicional se había fundamentado en el esquema  $R-F=D$ , es decir, la norma  $R$  aplicada a los hechos  $F$  determina la decisión  $D$ . El propio Frank, por el contrario, propone el esquema  $R-SF=D$ , que significa que los hechos  $F$  nunca son objetivamente determinables, y que son, por lo tanto, -dentro del proceso de decisión- el resultado de una elaboración (1) creativa.

Hart, después de criticar la aceptación por parte de los realistas americanos de la estructura conceptual de las ciencias naturales como adecuada para la caracterización del Derecho (2), subraya la importancia de este movimiento en el análisis de las decisiones judiciales al contrastar los hechos efectivos de la decisión judicial y la terminología tradicional que la describe como si fuera una operación plenamente lógica. Coincidiendo con este punto de vista dirá Hart: "Si todas las reglas de derecho han de estar circundadas por una penumbra de incertidumbre, entonces su aplicación a casos específicos en el área de penumbra no puede ser materia de deducción lógica, y así el razonamiento deductivo, que durante generaciones ha sido admirado como la perfección misma del razonamiento humano, no puede servir como modelo de lo que los jueces, o en realidad cualquier otro sujeto, debe hacer al colocar los casos particulares bajo reglas generales. En esta área los hombres no pueden vivir exclusivamente de deducciones" (3). Claro está

---

(1) J. Frank, "What courts do in fact", Illinois Law Review, XXVI, 1932 y "If Men were Angels: some aspects of Government in a Democracy", Harper, - Nueva York, 1942. Vid. también, "Derecho e incertidumbre", Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1968 (Ed. original: Short of sickness and death: a study of moral responsibility in Legal criticism. New York, University Law Review, 26, 1951, p. 545-633).

(2) Hart, "El Positivismo Jurídico y la separación...", cit., págs. 25 y ss.

(3) "El positivismo jurídico...", cit., pág. 27.

que, para Hart, junto a esta zona de penumbra, las reglas tienen un núcleo de significado preciso que las dotan de una función directiva sobre la conducta de sus destinatarios, función directiva que es prácticamente ignorada por los representantes del movimiento norteamericano.

#### A.4.3.2.3. La Teoría Predictiva

La principal crítica que Hart lleva a cabo sobre las tesis del realismo jurídico norteamericano se centra en el análisis de la Teoría predictiva del Derecho (1). El intento que llevó a cabo Holmes fué la secularización y desmitificación de los conceptos jurídicos, y el concepto del Derecho mismo; intentó reducir el Derecho a sus dimensiones reales, utilizando un concepto operacional desprovisto de los elementos místicos que habitualmente acompañaban el pensamiento jurídico de la época. Para ello definió - al Derecho desde el punto de vista del "hombre malo", quien sólo se preocupa de las consecuencias materiales que el conocimiento del Derecho le permite predecir, y no como un "hombre bueno" que encuentra las razones de su conducta tanto dentro del Derecho como fuera de él (2). Para Holmes, lo que se llama obligación o deber jurídico no es sino una predicción de que si - una persona realiza o deja de realizar ciertos actos deberá sufrir alguna sanción de un tribunal de justicia; de la misma forma puede ser definido el denominado "derecho subjetivo" (3).

El desarrollo posterior del movimiento realista, según puso de manifiesto J. Frank (4), quedaría dividido en dos sectores claramente diferenciados:

---

(1) Como ya se ha señalado fué Holmes quien formuló la definición del Derecho como las profecías de lo que los tribunales harán en las decisiones de las disputas y litigios. Por su parte, K. Llewellyn llegó a decir: - "Rules are important so far as they help you to predict what judges will do. That is all their importance except as pretty playthings", - ("The Bramble Bush", op.cit., p. 14.).

(2) "La Senda del Derecho", op.cit., p. 19.

(3) "La Senda del Derecho", op.cit., p. 17.

(4) J. Frank, "Law and the Modern Mind", Doubleday Garden City, New York, - 1930.

los escépticos sobre los hechos ("fact skeptics") y los escépticos sobre las normas ("rule skeptics"). Los primeros, encabezados por K. Llewellyn, centraron su atención en la diferencia entre reglas efectivas y de reglas de papel, sosteniendo la tesis de que las auténticas reglas que componen el Derecho son las primeras, que pueden ser enunciadas empíricamente como "predicciones generalizadas" sobre las decisiones de los Tribunales.

El núcleo de esta posición teórica del realismo jurídico norteamericano, la teoría predictiva, ha sido criticada desde muchos puntos de vista. Hart, como luego analizaremos (1), centra su crítica en dos temas centrales:

a) para Hart, la posición de los jueces y funcionarios exige la existencia de reglas de competencia que les configuren como tales, delimitando sus funciones en la estructura del Ordenamiento Jurídico.

b) en segundo lugar, a pesar de la incertidumbre que la textura abierta del lenguaje normativo implica, los jueces y funcionarios generalmente procuran aplicar normas preexistentes, de las que se sirven como guía o razón de su conducta. Precisamente, una de las características principales que configura la existencia de un Ordenamiento Jurídico es la aplicación por parte de los jueces y funcionarios de las normas y de los criterios de validez de la Regla de Reconocimiento del sistema al que pertenecen.

K.Llewellyn, en una posterior edición de su obra más conocida. "The Bramble Bush" (2), reconoció la insuficiencia de su primera definición sobre el núcleo teórico de la predicción. Ahora bien, como ha señalado Liborio Hierro (3), el enfoque de los "escépticos sobre las reglas" no prescindía absolutamente de las normas, ni de la función que las normas juegan en la decisión judicial, sino que pretendía establecer cuál era en realidad -

---

(1) Vid. "Formalismo y Escepticismo...".

(2) "The Bramble Bush", Oceana Publications, Nueva York, 1960.

(3) Liborio Hierro, "El Realismo Jurídico Escandinavo", tesis doctoral aún no publicada, pág. 126.

el alcance de esa función normativa, y cuáles eran los factores ajenos a la norma que, de hecho, también influían e intervenían en la configuración de la vida jurídica (1).

El escepticismo sobre las reglas pretendió buscar una certeza científica que garantizase la seguridad jurídica; para lograr tal certeza abandonó la primacía de la norma, sustituyéndola por un estudio empírico y cuantificable de los componentes fácticos y sociales de la decisión judicial. El formalismo dogmático de tipo normativista sería sustituido por un conductismo judicial.

El denominado "escepticismo sobre los hechos" es un enfoque más radical y pretencioso. Al fijar su interés en los factores reales que influyen en la toma de las decisiones judiciales, dirige su atención hacia los tribunales o juzgados de primera instancia, porque numéricamente una gran cantidad de casos se deciden en primera instancia y porque, aunque exista un recurso ulterior, los hechos quedan generalmente perfilados por el juzgado o tribunal de primera instancia. Por tanto, la crítica de esta corriente doctrinal sobre la anterior se basa en la insuficiencia de su crítica, al tomar sólo en consideración el procedimiento de apelación (o casación), lo que le permite mantener una ilusión en la certeza del Derecho, aunque sobre

---

(1) Del mismo modo, dice D.Lloyd: "The realist does not in effect deny the normative character of legal rules", Introduction to Jurisprudence, - Stevens, Londres, 1959 (cita por la 2ª ed. de 1972, p. 413); vid también, en este sentido, K. Llewelyn, "The Rule of Law in our case Law", Yale Law Journal, XLVII, 1938, y "The normative, the legal and the Law jobs", Yale Law Journal, LVIII, 1949. Por su parte, E.H. Taylor (op. cit., p. 617), dice: "Realist prediction theory is not intended to provide a definition of law, it is instead a conscious matter of focus... Hart and the Realists...are simply focusing on different matters -a difference more in emphasis than actual theory Hart is constructing a model of law in as complete as form as possible. His primary concern is with legal rules. The Realists are focusing not on a total legal construct but on serious everyday problems. Theirs are the questions: What is the law in action? How does it differ from the law on the books? What is its effect on the citizenry? How may it be improved?".

una base distinta de la tradicional (1). Para Frank, nadie puede saber lo que un tribunal de instancia tomará como hechos, ni se puede atisbar qué precedente debería ser o será seguido por el tribunal de instancia, o, en tribunales de apelación por el tribunal superior. La debilidad del precedente será más obvia si se toma en cuenta la interrelación entre reglas y hechos en la decisión de los tribunales de instancia, ninguna regla puede ser herméticamente fijada frente a un testimonio oral falso o incorrecto - que el juez o el jurado pueda creerse.

Hay que tener en cuenta que el realismo norteamericano fué casi exclusivamente un movimiento de juristas que apenas se planteó cuestiones "filosóficas" o de "teoría general" del Derecho. Pretendieron elaborar una ciencia descriptiva del Derecho, atendiendo a los factores que influyen en la toma de las decisiones judiciales, sin preocuparse en la elaboración de un concepto del Derecho, aunque lo consideraban como un medio de control social caracterizado por la posibilidad de utilizar la fuerza socialmente organizada. Sus pretensiones fueron claramente diferenciables de la obra de Hart; así, E.H. Taylor ha llegado a decir: "The Realists are illusory adversaries for Hart. They do emphasise a different dimension of jurisprudence. Hart selected as his task the construction of an analytical model of law. The Realists offer no attempt at a complete legal philosophy; their contribution is one of methodology -an approach to analysis. Hart stresses the entirety of the system. The Realists focus on the points of stress in the actual day-to-day operation of the legal system, points which tend to be particularly visible in the adjudication of legal disputes. Their central theme is that, if legal rules and the decisional process are truly understood, any case actually worth litigating will be one in the "leeway" areas of law described by Hart as the "penumbral" area of legal rules" (2).

El Realismo desterró toda consideración a priori sobre la fuerza obligatoria de las normas, analizando éstas desde un punto de vista funcional,

---

(1) V. Jerome Frank, "Law and the Modern Mind", Doubleday, Garden City, Nueva York, 1963 (1ª ed. en Coward. Mc.Cann, Nueva York, 1930).

(2) "Hart's Concept of Law...", op.cit., pág. 618.

es decir, observando su capacidad para producir ciertos efectos en las decisiones judiciales, dando cuenta de la regularidad -y de la predicción- de tales decisiones. El aspecto normativo del Derecho quedó relegado al no tener en cuenta la influencia de las normas sobre el comportamiento de los ciudadanos, así como la importancia de las normas de competencia en la estructura y función del Ordenamiento Jurídico.

#### A.4.4. El Realismo jurídico Escandinavo

##### A.4.4.1. Introducción.

El realismo jurídico es una corriente en la Filosofía y en la Teoría General del Derecho que representa el encuentro de la epistemología neopirista, el método analítico, y las corrientes psicosociológicas, conductistas y pragmatistas en el pensamiento jurídico (1).

La filosofía desarrollada en Uppsala en los primeros años de este siglo, por Hägerström y Phalen, es una crítica global al idealismo epistemológico (idealismo y metafísica). Para Hägerström, la destrucción de la metafísica es ante todo la superación del subjetivismo, construyendo para ello una teoría de la realidad interpretada como determinación y no-contradicción, quedando referida en todo caso al contexto espacio-temporal como último contexto de la realidad (2). Por otro lado, su aportación a la filosofía moral se fundamenta en la formulación del carácter emotivo de los juicios de valor y el análisis del proceso de objetivación de sentimientos -

- 
- (1) El estudio más completo sobre el realismo jurídico escandinavo puede verse en la tesis doctoral cit. del profesor Hierro, y bibliografía allí citada sobre todo, v. los arts. de E. Pattro, "Il Realismo giuridico come Alternativa al Positivismo giuridico", Riv.Int. di Fil. del Diritto 1971, págs. 61-126 y "Il Realismo Giuridico Scandinavo. I. Axel Hägerström." Cooperativa Libreria Editrice, Bolonia 1974 (reimpresión 1975).
- (2) Hierro, cit., p. 477. Vid. también A. Hägerström, "Inquiries into the Nature of law and Morals", Almqvist & Wiksell, Uppsala, 1953, con introd. de K. Olivecrona, traducción de C.D. Broad; Castignone, "Axel Hägerström alle origini del realismo giuridico scandinavo", en G. Tarello, "Materiali per una Storia della cultura giuridica". Istituto di Filosofia del Diritto della Università di Genova. Società Ed. Il Mulino, Bolonia, 1971.

que da lugar a tales juicios ("emotivismo"). Dentro del ámbito de la ciencia jurídica. Hägerström sometió a una crítica similar la objetivación de sentimientos que producen los aparentes juicios de deber: así, la ciencia jurídica de fundamentación empírica no podía seguir asumiendo tales categorías como realidades, o propiedades existentes; su función consistiría simplemente en el análisis histórico y psicológico de estas ideas en cuanto existen en la mente de la gente.

Los planteamientos filosóficos de Hägerström tuvieron gran influencia sobre el pensamiento jurídico escandinavo, al intentar construir, por primera vez, una filosofía y una teoría del Derecho empirista. Como ha dicho el profesor Hierro, "la posición realista ante el problema de la ciencia - del Derecho traslada el enfrentamiento entre la doctrina filosófica jurídica del iusnaturalismo y la pretendida doctrina científica del positivismo, a un enfrentamiento entre metafísica y ciencia, entre idealismo y realismo. Iusnaturalismo y positivismo se analizan como las variantes, material y - formal (Ross), del idealismo o metafísica jurídica" (1).

El realismo implica necesariamente la negación de que el iusnaturalismo y el positivismo pueden ser tenidos en cuenta como dos alternativas excluyentes, subrayando, a su vez, las implicaciones iusnaturalistas del positivismo, tratando de eliminar toda metafísica en el pensamiento jurídico. La ciencia del Derecho estará constituida por proposiciones descriptivas - sobre el Derecho vigente - y no por juicios hipotéticos normativos - a los que es aplicable el principio de verificación. De esta forma, se intentará demostrar la inconsistencia del método dogmático -al intentar elevar a categoría de ciencia específica un peculiar "conocimiento del Derecho"- y se tratará de elaborar una ciencia jurídica basada en el principio empirista, cuyo objeto sería la descripción y la explicación teórica de los sistemas normativos, no como sistemas dotados de una validez trascendental, sino como sistemas efectivos de control social y de organización de la fuerza.

---

(1) Hierro, op.cit., pág. 480.



La teoría del Derecho del realismo escandinavo -Olivecrona y Ross- toma como punto de partida lo que, en su crítica epistemológica, se había tenido en cuenta como nociones básicas de carácter metafísico: a) la teoría de la voluntad (crítica del voluntarismo jurídico y formulación de una teoría de la norma como "imperativo independiente" -Olivecrona- o como "directiva" con elementos institucionales y funcionales- Ross- (1), concluyendo en la imposibilidad de definir la norma jurídica por algún carácter formal o peculiaridad propia, sino por su pertenencia a un determinado sistema normativo y b) la crítica de la noción de validez como idea moral subyacente en la pretendida objetividad de la noción Kelseniana. En sustitución de este concepto, Ross propuso la idea de Derecho "vigente" (2), mediante una interpretación conductista-judicialista, a diferencia de la interpretación psicologista de Olivecrona. Este será precisamente, uno de los puntos principales de revisión de Hart con respecto a las tesis mantenidas por el realismo jurídico escandinavo. En esta breve introducción, tan sólo quiero subrayar la importancia que Hart concede al concepto de validez como criterio de identificación y adscripción de las normas a un sistema dado, rechazando la crítica de Ross al concepto de validez en función de la doble perspectiva analítica del lenguaje jurídico entre punto de vista "interno" y "externo" (3).

Como la revisión crítica de Hart del realismo jurídico escandinavo en realidad, sobre parte de la obra de Ross- se analizará posteriormente en el contexto del concepto de validez, en esta introducción tan sólo ha querido exponer el transfondo y contenido teórico del movimiento jurídico escandi-

---

(1) Olivecrona, "Law as Fact" 2ª ed., Stevens Sons, Londres, 1971 (hay trad. cast. de L.López-Guerra, "El Derecho como hecho", ed. Labor, Barcelona 1980), A.Ross, "On Law and Justice", Stevens Sons, Londres, 1958 (trad. cast. de G.R. Carrió, "Sobre el Derecho y la Justicia", Eudeba, B.Aires, 1963).

(2) "Sobre el Derecho...", cit., p. 71.

(3) La crítica de Hart a Ross se ha centrado en su obra ya citada, "On Law and Justice", no teniendo en cuenta, posteriormente, las innovaciones y modificaciones teóricas que Ross introduce en su obra "Directive and Norms", Ed. Ten. Honderich. International Library of Philosophy and Scientific Method. Routledge Kegan Paul, Londres, 1968 (hay trad. cast. de José S.P.Hierro, "Lógica de las normas", ed. Tecnos, Madrid, 1971.

navo, ya que ha sido uno de los elementos con el que Hart ha contado para construir su teoría del Derecho. Sin embargo, a continuación expondré una polémica particularizada entre Hart y Ross con respecto a un problema específico de la teoría jurídica.

A.4.4.2. Polémica en torno a la coherencia lógica de las normas que se refieren a si mismas.

Este tema ya había sido enunciado dentro del apartado correspondiente de la revisión crítica de Hart a Kelsen. Sin embargo, ha sido Ross el principal oponente a la tesis de la coherencia lógica de las normas autoreferentes, por lo que desarrollaré en este apartado el objeto y las argumentaciones de la controversia, así como sus posibles conexiones con el moderno desarrollo de la investigación lógica.

Para cumplir este objetivo, me he basado fundamentalmente en tres textos (1).

En opinión de Hart, el profesor Ross mantiene que ninguna ley ni ninguna Constitución puede establecer las condiciones de su propia reforma, en base a su imposibilidad lógica (2), aunque no rechaza su aceptación sociopsicológica. El propio Ross ha afirmado: "...todo sistema de derecho legislado (en sentido amplio) se basa necesariamente en una hipótesis inicial - que constituye la autoridad suprema, pero que no ha sido creada por ninguna autoridad. Sólo existe como una ideología política que forma el presupuesto del sistema. Cualquier enmienda por el procedimiento jurídico establecido es solo posible dentro del sistema, cuya identidad está determinada por la hipótesis inicial. Todo cambio en la última, esto es, toda transición de un sistema a otro, es un fenómeno extra-sistemático, un cambio fáctico so-

---

(1) "Self-Referring Laws" (H.L.A.Hart), op.cit., especialmente, p.312-316; - A.Ross, "Sobre el Derecho...", cit., págs. 76-32; A.Ross, "On self-reference and a difficult puzzle of Constitutional Law", 1967, trad. cast. de E.Bulygin y E.Garzón Valdés. "Sobre la auto-referencia y un difícil problema de derecho constitucional", en A.Ross, "El concepto de validez y otros ensayos", Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1969, págs. 47-61.

(2) "Self-Referring...", cit., p.312. Este tipo de imposibilidad lógica ha sido admitida por J.Jorgensen, "Some reflexions on Reflexivity", Mind LXII, Londres, 1953, p.289 y ss.

cio psicológico en la ideología política dominante y no puede ser descrito como creación jurídica mediante un procedimiento. Al mismo tiempo es difícil imaginar que el art. V de la Constitución (se refiere al art. V de la Constitución de los E.E.U.U., según el cual una enmienda constitucional exige la ratificación de tres cuartos de los Estados. Si mediante esta mayoría —argumentará Ross— se decide que en el futuro se requerirá una ratificación de 4/5 de los Estados, la nueva regla sobre enmiendas no puede ser considerada como derivada de la anterior) sea cambiado, salvo en un proceso que se asemeje al procedimiento jurídico determinado por el propio art V - /.../ el procedimiento establecido en el art. V es el acto mágico que, solo él puede desatar el ligamento creado por el artículo mismo, con sólo una posible reserva. Si en la práctica resultare imposible que el art. V fuera reformado de conformidad con sus propias reglas, sería quizás posible apelar con éxito a una ideología más fundamental aún en apoyo del cambio: el derecho del pueblo norteamericano a darse en cualquier tiempo una constitución" (1).

Así, el profesor Ross, al argumentar en contra de la idea de que una ley o Constitución puede dictar su propia reforma, se apoya en la doctrina lógica de la imposibilidad de la autorreferencia de las proposiciones. Fundamentalmente, Hart discute dos puntos:

a) en primer lugar, el hecho de que una derivación de una nueva norma presupone no solamente la validez de una norma superior sino su existencia continuada después de la creación de una nueva norma.

b) en segundo lugar, el hecho de que si el art. V fué enmendado de conformidad con sus propias reglas, la nueva forma así creada podría estar en conflicto con la fuente de derivación.

---

(1) "Sobre el Derecho...", cit., pág. 81. De la misma forma, dice Ross: - "...si el art. V de la Constitución es reformado en la práctica por un procedimiento que se conforma con sus propias reglas, no es posible considerar al nuevo "art.V" como derivado del anterior, o como válido en razón de ser derivado del mismo. Una derivación tal, presupone la validez de la norma superior y con ello la existencia continuada de la misma, y mediante derivación no puede establecerse una nueva norma que —contraría la que le sirve de fuente" (cit., pág. 80).

La oposición de Hart a estas dos presuposiciones se basa, fundamentalmente, en la siguiente tesis: al decir que el Art.V cambia, mediante su propio procedimiento, el propio Art.V, estamos haciendo referencia a dos diferentes periodos de tiempo: el procedimiento original debe ser usado hasta que es reemplazado por el nuevo, siendo éste el procedimiento a seguir en el futuro. Es decir, la pretensión de Ross de presuponer la validez de una norma superior y su existencia continua, y por lo tanto, la imposibilidad lógica de establecer por derivación una norma que colisiona con la propia fuente de derivación, es una pretensión que olvida la existencia de dos periodos de tiempo, por un lado, el tiempo T. del procedimiento original del art V hasta que es reemplazado, y por otro lado el tiempo t<sub>2</sub> del nuevo procedimiento. Para Hart, el fundamento de la tesis de Ross, se basa en la posibilidad de aplicar el discurso lógico deductivo en el análisis de la creación de normas por el Legislativo: el ejemplo del monarca absoluto que se autolimita sus poderes sería, pues, siguiendo a Ross, un juicio lógico en el que la conclusión (poderes limitados) está en contradicción con las premisas (poder absoluto). La cuestión es si podemos aplicar las reglas de la inferencia deductiva de la lógica formal a la creación jurídico-normativa (ninguna norma puede derivarse de otra norma con lo cual está en contradicción). Ahora bien, para Hart, "The statement that a monarch has unlimited powers until he limits them is quite compatible with the statement that after he limits them they are limited" (1). Claro está, como el propio Hart afirma, que todo depende de la concepción que tengamos de "poder absoluto". Para sustentar la tesis defendida por Ross (es decir, la tesis de que la limitación de los poderes no puede derivar de un "monarca absoluto"), se ha de defender una concepción de la monarquía absoluta como "un poder continuo" que no puede limitar sus poderes debido a su propia existencia continuada de su poder. Ahora bien, en lugar de la concepción de que el monarca absoluto tiene un "continuing power" (2) a legislar como le plazca, -

---

(1) "Self-referring", pág. 315. Sobre este tema, v. E. Garzón Valdés, "Acerca de las limitaciones legales del soberano legal", Sistema 43/44, Madrid, 1981.

(2) "Self-Referring...", pág. 315.

con la limitación de la irrevocabilidad de sus poderes, Hart defiende una interpretación "self-embracing" del poder absoluto bajo la que se sustenta la tesis de que el monarca tiene un poder de legislación absoluto, incluso sobre la limitación irrevocable de sus poderes (1). El monarca, pues, podrá autolimitarse sus poderes absolutos: durante el tiempo  $t_1$ , antes del acto legislativo de limitación, será el monarca absoluto; durante el tiempo  $t_2$ , a partir del acto legislativo en virtud del cual se autolimita sus poderes, será un monarca limitado constitucionalmente o por medio de otro sistema de control.

Desde el punto de vista lógico, Ross, como hemos visto, defiende la tesis de que ninguna proposición puede referirse a si misma. Hart trata de rechazar esta tesis en función de las siguientes consideraciones:

- a) las leyes no son proposiciones; por lo tanto, la tesis de la incoherencia lógica de las proposiciones auto-referentes no puede ser aplicada a las leyes auto-referentes.
- b) dentro del propio discurso lógico de las proposiciones, el rechazo de la autoreferencia no es aceptado en su totalidad por los lógicos (2).

Hart acabará diciendo: "But neither section 152 of the South Africa Act nor Article V of the American Constitution lead to contradictions nor are they incomplete. This excites the suspicion that there is no general principle of logic which leads to the strange conclusion that, even though law Courts hold these selfreferring provisions valid, yet when changes are made in them by the procedure which they prescribe these changes are "illegal" or merely "magical" acts" (3).

- 
- (1) Sobre estas dos formas alternativas del poder absoluto, "continuing y self-embracing", véase "CD", cit., págs. 188-191, en Mackie, "Evil and Omnipotence", Mind (1955), pág. 212, se pueda encontrar un análisis similar en referencia a la omnipotencia de Dios.
  - (2) Hart cita a Popper, "Self-Reference and Meaning in Ordinary Language:- Mind (vol.63), 1954. Hay trad. cast. en K.R.Popper, "El desarrollo del conocimiento científico. Conjeturas y refutaciones", Paidós, 1967, págs. 351-359. (ed. or. 1962)
  - (4) "Self-referring", cit., pág. 316.

En 1967, tres años después del artículo de H.L.A. Hart ya estudiado, Ross, en su artículo "On self-reference and a difficult puzzle of Constitutional Law" ya mencionado, elabora de forma más completa y compleja el problema de la autoreferencia y su aplicación al Derecho constitucional. - Trataremos de resumir sus argumentaciones de forma que al final integremos críticamente a los argumentos de Hart en torno a este problema. Parte Ross de su concepción de las reglas de competencia, "una regla de competencia - prescribe las condiciones, (necesarias y suficientes) con las cuales un acto de creación es válido, es decir, tiene fuerza de ley" (1); las reglas - de competencia constituyen una autoridad ("personificación de todo el proceso de creación del derecho definido a través de las reglas que se refieren a la competencia personal, procesal y material"), que puede derivar, a su vez, de otra autoridad superior, constituida a su vez por otras reglas de competencia. Ahora bien, como la serie de autoridades no puede ser infinita, "surge la conclusión inevitable de que debe haber una autoridad suprema cuya competencia no deriva de ninguna otra autoridad" (2). El esquema que propone Ross es el siguiente:

"A<sub>1</sub> es constituida por C<sub>1</sub>; C<sub>1</sub> es creada por A<sub>2</sub>.

A<sub>2</sub> es constituida por C<sub>2</sub>; C<sub>2</sub> es creada por A<sub>3</sub>.

A<sub>3</sub> es constituida por C<sub>3</sub>; C<sub>3</sub> no es creada por ninguna otra autoridad".

En el último estadio, nos encontramos, pues, con una autoridad suprema. A<sub>3</sub>, constituida por una norma básica jerárquicamente superior a todas las demás, la norma C<sub>3</sub>. Si C<sub>3</sub> es derecho creado, tendrá que ser creado por alguna autoridad, y esta autoridad tan sólo podrá ser A<sub>3</sub>, al no existir ninguna autoridad por encima de esta última. Si C<sub>3</sub> no es derecho creado, tan sólo podríamos explicar su validez, no por derivación, sino considerarlo, como lo hace Ross, como un presupuesto de validez de todas las normas inferiores. Estados dos respuestas -es decir, la tesis de que la norma básica es creada por la autoridad suprema y por tanto puede ser reformada de acuerdo con ella misma, y la tesis de que la norma básica no es derecho creado

---

(1) "Sobre la autoreferencia", cit., pág. 49.

(2) "Sobre la autoreferencia...", pág. 51.

y, por consiguiente, no puede ser reformado por ningún procedimiento jurídico-, son rechazadas por Ross, en base a ciertas argumentaciones que expondré a continuación (1).

El rechazo de la primera tesis por parte de Ross asume, a mi juicio - tres argumentaciones:

- a) en primer lugar, la equiparación de los actos de creación del Derecho al discurso lógico deóntico (2).
- b) en segundo lugar, el rechazo de la tesis de que la norma básica puede ser reformada de acuerdo con ella misma se fundamenta en la semejanza con el teorema lógico según el cual las oraciones que se refieren a si mismas carecen de significado.
- c) en tercer lugar, la suposición de que la norma básica puede ser reformada de acuerdo con sus propias reglas encierra contradicciones.

La segunda respuesta -la segunda tesis- también es rechazada por Ross, en base a que esta respuesta no expresa en términos racionales la compren-

---

(1) El problema teórico expuesto aquí, tiene para Ross importantes consecuencias prácticas en el ámbito del Derecho Constitucional. El problema práctico es situado por Ross en el ámbito del Derecho Constitucional danés, donde la autoridad suprema sería el poder constituyente establecido por las reglas de reforma del art.88 de la Constitución de 1953, siendo el propio art.88 la norma básica del orden jurídico danés. El problema surge al hacernos la siguiente pregunta. "¿Cómo puede el art. 88, es decir las reglas  $C_3$  que constituyen la autoridad suprema  $A_3$ , ser reformadas?" (pág.52). Según la primera tesis que hemos expuesto, el art.88 puede ser reformado de acuerdo con sus propias reglas (acto creador del poder constituyente  $A_3$  constituido por el propio art.88) -esta tesis, como hemos expuesto con anterioridad, es defendida por Hart-. De acuerdo con la segunda tesis, al ser el art.88 un hecho originario que no deriva su validez de ningún tipo de norma no podrá ser reformado mediante procedimiento jurídico alguno. Ahora bien, podrá ser modificado mediante el hecho socio-psicológico de que la comunidad acepte como derecho otra costumbre u otra norma básica como piedra angular de su Ordenamiento jurídico. Mientras que para Ross los actos de creación jurídica son intrasistemáticos, llevados a cabo dentro un Ordenamiento jurídico dado de acuerdo con una regla de competencia que pertenece a ese Ordenamiento, la transición de una norma básica a otra es un hecho extrasistemático, "que conduce a la fundación de un nuevo sistema que reemplaza al anterior" (pág. 53).

(2) Este punto es negado expresamente por Hart.

sión del significado del art.88. Así, diré: "Enfrentados con la alternativa exclusiva de si la norma básica es o no derecho creado, es decir, si puede o no ser reformada por un procedimiento jurídico de acuerdo con reglas de competencia (reglas de reforma) tenemos que admitir que ninguna de las dos respuestas posibles parece aceptable. Tal es el problema que nos enfrenta" (1).

A continuación expondremos brevemente la solución dada por Ross a este problema en base a dos discusiones;

- a) la cuestión general de las oraciones autoreferentes.
- b) análisis de la paradoja constitucional.

a) Para Ross, las proposiciones (o enunciados) autorreferentes carecen de sentido. Esta afirmación podría ser sustentada en base a la teoría de los tipos de Russell y su formulación del principio del "circulo vicioso", - que viene a decir que cualquier cosa que implique el todo de un conjunto - no debe ser un objeto del conjunto; por ejemplo, el enunciado "todas las proposiciones son verdaderas o falsas" sería insostenible, porque se refiere no sólo a todas las otras proposiciones sino también a si mismo (2). Sin

---

(1) "Sobre la autorreferencia..." cit., págs. 56 y 57.

(2) Las paradojas lógicas más conocidas fueron formuladas por B. Russell - (paradoja de las clases, paradoja de las relaciones, paradoja de las propiedades, etc). La más famosa solución a las paradojas lógicas fue dada por el propio Russell con el nombre de "teoría de los tipos", solución que ha experimentado diversas modificaciones. Según la teoría simple de los tipos hoy usada, se modifican las reglas de formación del cálculo cuantificacional superior y se declara que no se puede posponer ninguna variable individual o variable predicado de un tipo dado a una variable predicado del mismo tipo; esta última debe ser de un tipo inmediatamente superior a las primeras. Las fórmulas en las cuales aparecen las paradojas son, por lo tanto, eliminadas como mal formadas, es decir, como no ajustadas a la regla de formación propuesta en la Teoría de los tipos. Sobre este tema, vid. J. Jorgensen. "A treatise of Formal Logic", 1931, tomo II, p.162 y ss; B. Russell, "Les paradoxes de la logique", - Revue de Métaphysique et de Morale", 14 (1906), p.294-317, y, en general, cualquier manual moderno de lógica formal (en particular, recomiendo M. Sacristán, "Introducción a la lógica y al análisis formal", ed.- Ariel, Barcelona, 1ª ed. 1964, 2ª reimpresión 1973, especialmente págs. 38-44 y 188-228). Con todo, creo que los problemas lógicos que pueden afectar al problema de la autorreferencia no tienen ninguna aplicación directa e inmediata sobre las cuestiones jurídicas que se plantean en el ámbito específico de la creación y reforma del Ordenamiento Jurídico.



embargo para calificar de sin sentido a las oraciones autoreferentes. Ross no utiliza los argumentos lógicos de Russell, sino que reelabora un texto de jørgensen (1) mediante un "método de transcripción" (2) basado en la posibilidad de reemplazar las frases referenciales de los enunciados descriptivos por el objeto al cual se refiere la referencia. Si no hay posibilidad de tal reemplazo, nos encontramos con paradojas lógicas. Por ejemplo - el enunciado: "Esta proposición es falsa", se podría transcribir: "Esta proposición (esto es, "Esta proposición es falsa") es falsa". Aquí nos encontramos con un regreso infinito, ya que la misma transcripción contiene una frase referencial. Esta argumentación es aplicada por Ross para demostrar la incoherencia lógica del art.88 de la constitución danesa, artículo que establece el procedimiento de reforma de la propia constitución. Así dirá Ross.

"De manera similar nos vemos frustrados si tratamos de transcribir - una oración parcialmente auto-referente, tal como el art.88 de la constitución danesa. Si llamamos P al procedimiento de reforma prescripto por este artículo el significado de éste puede ser transcripto así:

Art. 88 =

Art. 1 (que establece que...) es reformable por el procedimiento  $P_1$

Art. 2 (que establece que...) es reformable por el procedimiento  $P_1$

Art. 88 (que establece que...) es reformable por el procedimiento P.

En cada caso el paréntesis ha de ser llenado por la prescripción contenida en el artículo en cuestión. Cuando llegamos al art.88, esto significa que tenemos que comenzar nuevamente con el art.1 y seguir hasta el art. 88, y entonces comenzar de nuevo con el art.1 y así hasta el infinito" (3).

A partir de aquí, mi propósito será el de intentar comparar los argumentos que Ross expone a lo largo del artículo y con las críticas realizadas por Hart en un primer momento, ya que el artículo de Ross es posterior a la formulación crítica de Hart.

---

(1) "Some reflexions on reflexivity", op.cit.,

(2) Ross, "Sobre la autorreferencia...", cit., págs.59.

(3) Ross, "Sobre la autorreferencia...", cit., pág.60.

a) en primer lugar, Ross analiza, desde el punto de vista lógico, las proposiciones autoreferentes. Parte de una distinción entre lógica formal y lógica semántica en el análisis de las proposiciones "con sentido": "La cuestión que estamos considerando es la de saber si una proscripción de las proposiciones auto-referentes constituye una regla de la lógica semántica que descalifica estas oraciones aún cuando ellas, al menos manifiestamente, no violen las reglas de la lógica formal" (1). Para Ross, un acto lingüístico puede ser 1) una secuencia de sonidos, 2) una oración (construcción formal correcta), 3) el portador de un significado (construcción formal y semántica correcta). El contenido significativo puede ser una proposición (lenguaje indicativo) o una directiva (lenguaje directivo) (2).

Ross critica un artículo de Popper (3), en el que éste defiende el sentido de las proposiciones autorreferentes, aunque para Ross los ejemplos - dados por Popper a) no tienen nada que ver con la autoreferencia genuina - b) el hecho de que para Popper las expresiones tienen significado si pueden ser entendidas tan poco clarifica las cosas, ya que Popper no especifica - cómo se verifica la afirmación de que alguien entendió algo. Sin embargo, el punto que nos interesa es el discutido por Hart y Christensen, citado expresamente por Ross (4). En estos autores se puede encontrar la tesis de la defensa del significado de las proposiciones autoreferentes parciales - (proposiciones que se refieren a sí mismas como parte de un todo mayor), - así como la carencia de significado de las proposiciones auto-referentes absolutas (proposiciones singulares que se refieren a sí mismas). Ahora bien, para Ross, la auto-referencia parcial tropieza con las mismas dificultades que la autoreferencia total, ya que si bien aquellos autores defien-

---

(1) "Sobre la autorreferencia...", cit., pág.62.

(2) La terminología de Ross no es del todo aceptada por la moderna filosofía del lenguaje. La distinción entre oraciones y proposiciones, así como la terminología del lenguaje directivo" (o prescriptivo) puede ser objeto de discusión aunque por ahora, nos conformaremos con su clasificación.

(3) Popper, "Self-Reference..", op.cit.,

(4) Los artículos referidos son: H.L.A.Hart "Self-Referring laws", op.cit., y N.E.Christensen: "Er grundlovens 88 en del af grundloven? ("Es el art.88 de la Constitución, parte de la Constitución?) "Juristen", 1960 pp.231 y sgs.

den la inexistencia de paradojas de las oraciones auto-referentes parciales, para Ross la paradoja es una figura lógica que no acompaña necesariamente a la autoreferencia: "Aunque la oración "Esta oración es verdadera" no provoca paradojas, carece de sentido al igual que aquella que provoca la paradoja del mentiroso" (1). Así, dirá Ross: "...ninguna de las objeciones formuladas en contra de la proscripción lógica de las oraciones reflexivas ha resultado ser sostenible. Hay que seguir considerando que es una tesis plausible la que expresa que la autoreferencia genuina, directa o indirecta, -total o parcial, priva de significado a la oración en la medida en que contiene la auto-referencia". (2).

b) sin embargo, la argumentación lógica tan sólo nos interesa en el -campo de la argumentación jurídica y en particular, en el problema de la -"paradoja" constitucional suscitada en los ejemplos que manejamos por el -art.V de la Constitución de los EEUU y el art.88 de la Constitución danesa. Para Ross, las dos posibles respuestas, como antes hemos comentado, son las siguientes:

por un lado, que el art.88 puede ser reformado según el procedimiento que él mismo prescribe, afirmación rechazada en base a dos razones a) porque implica una auto-referencia parcial -lógicamente absurdo- y b) porque implica la suposición de una inferencia en la cual la conclusión es contraria a una de las premisas -lógicamente absurdo-; para Ross, el art.88 no puede ser reformado por ningún procedimiento jurídico, sino tan sólo como resultado del hecho sociopsicológico de que la sociedad realmente acepta -otra norma básica como piedra angular de su orden jurídico. -esta respuesta también es rechazada por Ross porque contradice algunos hechos obvios-. (3).

Sin embargo, las objeciones de Hart, antes comentadas, podrían resumirse en:

a) falsedad del concepto de poder político continuo ( $t_1$ ,  $t_2$ ).

---

(1) "Sobre la auto-referencia", op.cit., p.69.

(2) "Sobre la auto-referencia..." op. cit., p.71

(3) "Sobre la auto-referencia..", op.cit., p.72.

b) inaplicabilidad de la lógica formal a las reglas judías.

c) admisión de la autoreferencia lógica parcial

La cuestión c) ya ha sido comentada con anterioridad, en el sentido de que Ross no admite el sentido de la autoreferencia parcial. En cuanto al punto b), para Ross, la regla que prescribe la auto-referencia está relacionada con el significado de un acto lingüístico y es independiente de que el contenido significativo sea usado para enunciar como el mundo es, o para prescribir cómo debe ser. Ahora bien, el punto fundamental donde se cantra la discusión es el argumento a). Para Hart, habíamos visto, el art.88 dejaba de ser válido en el momento que el art 88' entraba en vigencia. Para Ross, "este argumento confunde la contradicción jurídica con la contradicción lógica" (1), y una aplicación del principio "lex posterior derogat anterior" no puede solucionar la contradicción lógica del problema. Creo - que lo que hace Ross es aplicar dogmáticamente las reglas de la inferencia lógico-formal al razonamiento jurídico, razonamiento éste de mayor complejidad en cuanto a sus componentes lógicos y de menor exactitud. La aplicación del discurso lógico deductivo al análisis de la creación de normas por el Legislativo no tiene en cuenta la eficacia empírico-social del Poder político, así como las relaciones sociales entre Derecho y Poder. Si los problemas jurídicos de interpretación se solucionasen desde el punto de vista lógico-y no por ello quiero rechazar la lógica en el análisis del lenguaje jurídico- nos encontraríamos con un universo cerrado de casos y soluciones lógicas en el contexto jurídico que negarían el ámbito de discrecionalidad de la creación normativa. Además, el discurso lógico en el ámbito jurídico sería mejor comprendido si aceptamos el concepto de normas como "razones - para la acción" no sometidas en su totalidad a la inferencia lógico-formal. Cuando Ross dice que de la validez de una norma N es imposible derivar la validez de cualquier norma incompatible con N se olvida que el propio concepto de validez de las normas está condicionado, no sólo por la pertenencia lógica (identidad) al propio sistema, sino también por la práctica del mismo de las instituciones que crean y aplican las normas. La validez de los sistemas institucionalizados depende, en última instancia, de su práctica social en un tiempo determinado.

---

(1) Ross, "Sobre la auto-referencia...", op.cit., pág.75.

#### A.4.5. Conclusión.

La finalidad fundamental de la obra de Hart consiste, no en la determinación y precisión de una definición del Derecho, sino en el establecimiento de las reglas y condiciones para el uso correcto o propio de tal término. El fin esencial de "El Concepto de Derecho" tiende a establecer y examinar las características diferenciales del típico mecanismo de control social -denominado en el lenguaje ordinario o común con el término "Derecho" -en relación con la "moral" y la "Coerción" (1). El problema de la distinción del Derecho con respecto a estos dos fenómenos normativos y sociales es una constante a lo largo de la obra de Hart: se pueda decir que la teoría jurídica de Hart consiste, en buena parte, en la crítica, por un lado, de las concepciones jurídicas que tienden a asimilar el Derecho y la coerción, y, por otro, de las concepciones que tienden a reconducir el Derecho en el ámbito de la moral. El ejemplo típico de la primer concepción, es, - como hemos visto, la teoría jurídica de Austin, para el que el Derecho es un conjunto de mandatos u órdenes respaldadas por amenazas emitidas por un soberano supremo e independiente, al cual, el pueblo, debe obediencia habitual. El nexo de unión entre la tradición austiniana de la teoría analítica del Derecho y la teoría jurídica de Hart no impide la revisión crítica por el profesor de Oxford de este paradigma jurídico inglés.

El concepto del cual se sirve Hart para criticar y corregir la teoría jurídica de Austin es el concepto de "regla", concepto que posibilita la diferenciación del Derecho de la simple coerción, diferenciación imposible de establecer bajo la concepción imperativa del Derecho. Esta concepción es sustituida por Hart mediante su concepto del Derecho como unión de reglas primarias, que imponen obligaciones, y reglas secundarias, que confie

---

(1) Como ha dicho Hart, en el comienzo de su prefacio a la edición del "Concepto de Derecho": "En este libro ha querido promover la comprensión del derecho, la coerción y la moral, en cuanto fenómenos sociales diferentes, aunque relacionados" (C.D., XI, op.cit.). Este punto ha sido subrayado por M.A. Cattaneo en la Introducción a la Ed. italiana de la obra de Hart ("Il concetto di diritto", Turin, 1966, IX-XX).

ren potestades o poderes públicos y privados (1); la teoría de la soberanía de Austin, basada en los criterios empíricos que determinan la relación de subordinación y obediencia habitual de la población con respecto al soberano, será sustituida por la concepción de Hart del Ordenamiento Jurídico basado en la idea de la "Regla de Reconocimiento", regla que determina los criterios de validez y pertenencia de las normas respecto del propio sistema. Como es obvio, sobre este concepto influyó claramente la concepción normativo-jurídica de Kelsen, aunque la teoría jurídica de Hart se separa claramente de la doctrina del profesor vienes (2).

La teoría jurídica de Hart pretende ser una revisión crítica, con su propia originalidad y autonomía, tanto de la teoría analítica del Derecho y del normativismo de Kelsen, como de las posteriores revisiones críticas del realismo jurídico escandinavo (en especial, Ross) y del realismo jurídico norteamericano. Este distanciamiento teórico puede observarse a la hora de analizar uno de los problemas fundamentales de la filosofía del Derecho, a saber, el fundamento del Ordenamiento Jurídico y la relación entre la validez y eficacia del Derecho. Tanto la Norma Fundamental como la Regla de Reconocimiento tienen la principal función de establecer los criterios de validez del resto de las normas del Ordenamiento Jurídico: sin embargo, el primer concepto es un postulado, del cual se presupone la validez, mientras que la existencia del segundo es una cuestión empírica de hecho. La posición teórica de Ross es radicalmente opuesta a la de Kelsen: para el profesor escandinavo, no sólo la existencia del Ordenamiento Jurídico se basa sobre cuestiones de hecho, sino que la propia validez de las normas viene a coincidir con su eficacia (aplicación efectiva). Se podría decir que la posición de Hart es intermedia entre estas dos (Kelsen y Ross): la Regla de Reconocimiento se basa sobre cuestiones de hecho, de las que no se

---

(1) Esta concepción será analizada detenidamente en el capítulo correspondiente a la estructura del Ordenamiento Jurídico.

(2) Así, M.A.Cattaneo ha llegado a decir: "...si può dire, da un punto de vista generale, che la teoria giuridica di Hart è un punto di incontro tra la tradizione austriaca inglese e il normativismo europe-continentale di marca Kelseniana" (Introducción, op.cit., XIV).

esta forma una petición ("Por favor, dáme ese libro"), de una súplica ("No me mate"), o de una advertencia (por ejemplo, el imperativo "no pase por debajo de esa ventana", sabiendo que la misma está a punto de arrojar un suicida de 150 kgs. de peso).

Sin embargo, señala Hart, (1), la más importante de todas las situaciones en las que se usa la forma imperativa del lenguaje, es la ilustrada por el asaltante que dice: "Entrégue el dinero o disparo"

Este enunciado puede sugerir algunas distinciones del lenguaje: ¿Se puede decir que se trata de una orden respaldada por amenazas? ¿Puede el asaltante dar una orden a un empleado de un banco? ¿Hay alguna diferencia entre "ordenar" y "dar una orden"? ¿Esta última expresión no indica alguna relación de derecho o autoridad? ¿Sería clarificador decir que el asaltante "ordena" al empleado y "dá órdenes" a los miembros de su banda?.

Todas estas sutilidades y distinciones, si bien podrían clarificar de alguna forma la estructura del lenguaje imperativo (2), son dejadas a un lado para aceptar el siguiente enunciado: las expresiones "órdenes respaldadas por amenazas" y "órdenes coercitivas" son usadas para aludir a órdenes apoyadas únicamente en amenazas; la palabra "obediencia" y "obedecer" se usa por Hart para referirse al cumplimiento de tales órdenes.

Diferente de la expresión "órdenes respaldadas por amenazas" es la idea de "mandato" (3), palabra que connota la idea de jerarquía y autoridad. Dice Hart: "Mandar es característicamente ejercer autoridad sobre hombres, no el poder de causar daño, y aunque pueda ir combinado con amenazas de daños, un mandato no es primariamente una apelación al miedo sino al respeto a la autoridad" (4). En Austin se da el equívoco de poner como ejemplo de

---

(1) Hart, C.D., p.24.

(2) Como decía el filósofo del lenguaje J.L. Austin, podemos usar "una conciencia agudizada de las palabras para agudizar nuestra percepción de los fenómenos". Citado por Hart, C.D., XII.

(3) Hart, D.C., p.26. La palabra inglesa de "command" ("mandato") tiene unas implicaciones determinadas que no las tiene en castellano; señala Hart que no es muy común fuera de los contextos militares, por lo que implica siempre una organización jerárquica de la sociedad. Para una diferenciación analítica entre orden y mandato v.J.Hisero S. Pescador, op.cit., p.69.

(4) Hart., C.D., cit., p.26.

Para concluir, quiero que se tenga en cuenta esta advertencia: el análisis precedente no ha pretendido ser una exposición crítica de la metodología jurídica que Hart revisa en su Teoría del Derecho; simplemente ha tratado de subrayar algunos aspectos parciales criticados expresamente por Hart; independientemente de esto, la revisión crítica de Hart es analizada en los siguientes capítulos, a la hora del estudio de los conceptos jurídicos fundamentales que han surgido, numerosas veces, de su propia crítica - de la teoría jurídica contemporánea.



## B.-TEORIA DEL DERECHO

### B.1.-ESTRUCTURA DEL ORDENAMIENTO JURIDICO

#### B.1.1. Exposición y crítica del concepto de Derecho como conjunto de órdenes coercitivos.

##### B.1.1.1. Introducción

Para comprender la estructura del Derecho como unión de reglas primarias y secundarias, es necesario analizar el modelo paradigmático que estudia Hart como punto de partida, aunque, como se verá, este modelo será rechazado al construir una nueva base que describa y explique de una forma más plausible el funcionamiento y la estructura de un Ordenamiento Jurídico.

El modelo que Hart somete a crítica es el análisis del concepto de Derecho en términos de los elementos "aparentemente simples" de mandatos y hábitos, modelo que, al menos sumariamente, fue estudiado al analizar los puntos centrales de la teoría jurídica de J. Austin. Sin embargo, es necesario hacer una observación preliminar: el modelo jurídico que Hart analiza, si bien se encuentra en sus temas centrales en la doctrina de Austin, no debe ser considerado como una fiel exposición de su obra, sino que debe ser entendido como una reconstrucción paradigmática de la teoría jurídica analítica, modelo dominante en la teoría inglesa del Derecho. Esta reconstrucción ha sido reformulada por Hart de una manera más coherente y precisa, anunciando sus tesis de forma más consistente y clarificadora, con la finalidad de que su crítica retomase una vieja tradición predominante de la filosofía del Derecho, y no la obra parcial de un jurista. Creo que es importante tener siempre presente esta observación preliminar, si no queremos caer en errores y confusiones.

##### B.1.1.2. Formas imperativas del lenguaje.

Las variedades de la situación social en que se usan las formas imperativas del lenguaje son muy numerosas y fácilmente distinguibles entre sí. Estas variedades han sido clasificadas repetidas veces, distinguiendo de -

puede predicar su validez; por otro lado, tiene la función de establecer - los criterios de validez de las normas singulares del Ordenamiento (diferenciando en este sentido, validez y eficacia). La existencia de la Regla de Reconocimiento es una cuestión de hecho, desde un punto de vista "externo"; ahora bien, en cuanto viene "aceptada" como criterio de la validez de las normas del Ordenamiento, se está haciendo referencia a un punto de vista "interno". Con ello Hart pretende, por un lado, corregir el formalismo Kelseniano de inspiración kantiana, que razona exclusivamente en términos normativos rechazando el punto de vista externo, y, por otro lado, corregir el empirismo exagerado de los realistas norteamericanos y escandinavos, que, manteniéndose sobre el plano del punto de vista "externo", ignoran totalmente el punto de vista "interno". Por lo tanto, desde el punto de vista metodológico, Hart asimila del realismo jurídico la crítica al conceptualismo o formalismo jurídico, admitiendo una "estructura abierta" del lenguaje jurídico. Ahora bien, independientemente de esta "estructura abierta" del lenguaje en los casos marginales, los conceptos y normas jurídicas contienen un núcleo de significado fijo y determinable, del cual se deriva la importante función normativa del Derecho, como guía y directiva de nuestras conductas sociales. Por ello, Hart critica la tesis de los realistas, según la cual el Derecho es la predicción de las decisiones futuras de los tribunales, versión predictiva desde el punto de vista externo que no toma en cuenta la posición del juez en relación con las normas jurídicas. Como ha dicho M.A.Cattaneo, "il giudice non ha il compito, ovviamente, di predire la propria decisione, ma di decidere nell'ambito di certe norme" (1). Entre el formalismo (Kelsen) y escepticismo (realistas) ante las reglas, - Scylla y Caribdis de la ciencia jurídica, Hart se encuentra en una posición intermedia, inteligentemente matizada y equilibrada (2).

---

(1) M.A.Cattaneo, "Introduzione", cit., XVI.

(2) Esta posición intermedia de Hart también podrá observarse, en su análisis del positivismo y iusnaturalismo (contenido mínimo del Derecho Natural), relativizando esta contraposición y analizando la complejidad y variedad semántica de estos dos términos. Ahora bien, esto no puede hacernos dudar de la inclusión de Hart dentro de un positivismo jurídico crítico y renovado.

mandato la orden respaldada por amenazas del asaltante. Sin embargo, esta noción es más simple que la diferenciación establecida por Hart (1); precisamente Hart parte de esta idea para intentar construir un concepto de Derecho. Termina diciendo: "No esperamos, sin embargo, como esperaba Austin, tener éxito, sino, en cambio, sacar una lección de nuestro fracaso" (2).

#### 8.1.1.3. El Derecho como órdenes coercitivos.

Hart formula una concepción del Ordenamiento Jurídico con la intención de resumir las características principales de la tradición jurídica analítica y de diferenciarlo del modelo del "asaltante"; este modelo clásico podría ser enunciado de forma abreviada del siguiente modo:

- 1) El control jurídico es un control mediante directivas generales que se aplican a todas las personas que se encuentren dentro de sus límites territoriales (órdenes respaldadas por amenazas).
- 2) Las normas jurídicas tienen la característica de permanencia hasta que las órdenes sean revocadas o canceladas.
- 3) La mayor parte de las órdenes son más frecuentemente obedecidas que desobedecidas por la mayor parte de las personas afectadas; como - Austin lo denominó, es necesaria la existencia de un "hábito general de obediencia".
- 4) El sistema jurídico está caracterizado por un cierto tipo de supremacía dentro de su territorio y de independencia respecto de otros sistemas.

Esta versión simple -que no coincide en su totalidad con el modelo austiniiano -es formulada por Hart de la siguiente forma: "...dondequiera que haya un sistema jurídico es menester que exista alguna persona o cuerpo de personas que emitan órdenes generales respaldadas por amenazas y que esas

---

(1) Diferenciación que podríamos resumir en el siguiente esquema: a) "órdenes respaldadas por amenazas" (órdenes coercitivas) —————> obediencia —————> miedo. b) Mandato ("command") —————> idea de jeraquía, autoridad.

(2) Hart. C.D., pág.26.

órdenes sean generalmente obedecidas, y tiene que existir la creencia general de que estas amenazas serán probablemente hechas efectivas en el supuesto de desobediencia. Esa persona o cuerpo debe ser internamente supremo y externamente independiente. Si, de acuerdo con Austin, llamamos "soberano" a tal persona o cuerpo de personas supremo e independiente, las normas jurídicas de cualquier país serán las órdenes generales respaldadas por amenazas dictadas por el soberano o por los subordinados que obedecen a aquél" (1).

A pesar de que este modelo jurídico fué formulado sistemáticamente por Austin, Hart establece una serie de diferencias entre el modelo simple del derecho entendido como conjunto de órdenes coercitivas y la teoría jurídica de Austin, diferencias que podríamos resumir de la siguiente forma:

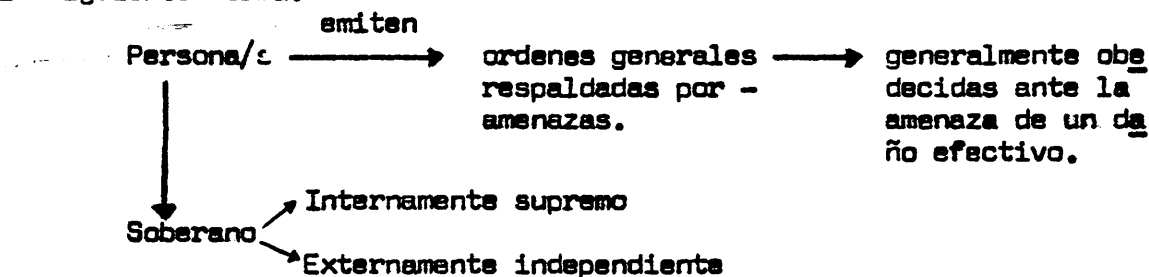
1) La terminología del modelo simple se basa en las nociones de "orden respaldado por amenazas" y "órdenes coercitivos", mientras que Austin habla de "mandatos": sin embargo, y aunque ambos conceptos tienen significados diferentes, el uso de "mandato" en la obra de Austin corresponde a la noción simple de "orden coercitivo".

2) Austin distingue entre "laws" (prescripciones jurídicas de carácter general) y "particular commands" (órdenes particulares). Para Austin, un mandato es una prescripción jurídica o regla si obliga en forma general a un clase de actos u omisiones. En el modelo construido por Hart, las órdenes son generales en un doble sentido: generales en tanto que se refieren a clases de actos y generales en tanto que se aplican a clases de individuos.

3) En la doctrina de Austin una persona está obligada si existe alguna posibilidad de sufrir una sanción. En el modelo "simple", debe haber una creencia general en que probablemente a la desobediencia seguirá el mal amenazado.

---

(1) Hart, C.D., pág.32. Podríamos resumir gráficamente el modelo simple de la siguiente forma:



4) Austin es ambiguo a la hora de determinar la existencia de un mandato y de una obligación jurídica: mientras que a veces sugiere que el autor del mandato tiene que tener efectivamente el poder de aplicar la sanción, otras veces habla de "la más pequeña posibilidad del mal más leve".

5) En el modelo "simple" no se ha tenido en cuenta la exclusión de Austin del concepto de Derecho en términos de mandato de las prescripciones jurídicas declarativas, permisivas e imperfectas.

6) En el modelo "simple" el soberano se identifica con una legislatura como el Parlamento inglés, mientras que Austin a veces identifica al soberano en una democracia con el electorado y no con sus representantes.

7) El modelo "simple" no incluye muchas de las matizaciones introducidas por Austin, aunque Hart hace referencia a ellas en capítulos posteriores: así la noción de un mandato tácito, la nulidad como sanción, el concepto de Derecho como una regla dirigida a funcionarios exigiéndoles la aplicación de sanciones, el electorado como una legislatura soberana extraordinaria y la unidad y continuidad del cuerpo soberano (1).

#### 8.1.1.4. Crítica de la concepción de las normas como órdenes respaldadas por amenazas.

La concepción del Derecho como órdenes coercitivas se enfrenta con la objeción fundamental de que, en los sistemas jurídicos modernos, existe una gran variedad de normas jurídicas que no responden a la descripción del modelo simple.

No todas las normas ordenan hacer o no hacer algo (por ejemplo, las normas que confieren potestad a los particulares para otorgar testamentos, para celebrar contratos o contraer matrimonio; las normas que confieren potestad a los funcionarios para dictar reglamentos, o decidir judicialmente, etc.), no todas las normas jurídicas son legislativas -piénsese por ejemplo en el valor de la costumbre en el Derecho inglés-, ni todas son la expresión del deseo de alguien.

---

(1) Sobre estas diferencias v. Hart, CD, págs. 298-300.

La noción de órdenes generales respaldadas por amenazas es sometida - por Hart a una triple crítica en cuanto afecta a tres grupos de cuestiones (1).

- (A) Contenido de las normas jurídicas.
- (B) Origen de las normas jurídicas.
- (C) Ambito de aplicación de las normas jurídicas.

B.1.1.4.1. Contenido de las normas jurídicas.

B.1.1.4.1.1. Introducción

a) En primer lugar Hart establece una semejanza entre, por un lado, las normas jurídico-penales y las normas que regulan la responsabilidad - extracontractual ("law of torts"), y el modelo simple de las órdenes respaldadas por amenazas.

b) Independientemente de este tipo de normas, existen otro tipo respecto de las cuales esta analogía con órdenes respaldadas por amenazas no cabe en absoluto, ya que su función social es totalmente distinta: son las - reglas que confieren potestades (reglas que ofrecen a los particulares facilidades para llevar a cabo sus deseos, al otorgarles potestades para crear, mediante ciertos procedimientos específicos y bajo ciertas condiciones, estructuras de facultades y deberes dentro del cuadro coercitivo del Derecho) (2).

c) Otro tipo de normas son las reglas que confieren potestades públicas u oficiales, es decir, potestades judiciales, legislativas y administrativas, diferentes en su contenido a las órdenes respaldadas por amenazas:

---

(1) Hart, C.D., p. 34 y ss.

(2) Hart, CD, pág. 35. Reglas de este tipo son las que confieren potestades para contraer matrimonio, celebrar contratos, otorgar testamentos, etc. Estas normas podrían formularse del siguiente modo: "Si quiere hace X, esta es la manera de hacerlo"; sin embargo, las leyes penales, podrían formularse así: "Haga X, lo quiera o no".

1.-Potestades judiciales: son, por ejemplo, las normas que especifican el objeto y contenido de la jurisdicción del juez, las condiciones requeridas para ocupar el cargo, la determinación del procedimiento que debe seguirse ante los tribunales, etc. Como dice Hart: "...el objeto de las reglas que confieren esas potestades no es disuadir a los jueces de realizar actos impropios, sino definir las condiciones y límites bajo las cuales - sus decisiones serán válidas" (1).

2.-Potestades legislativas: la legislación es un ejercicio de potestades jurídicas "operativas" o efectivas en la creación de derechos subjetivos y deberes. La no conformidad con las condiciones establecidas por la - regla habilitante hace que lo realizado carezca de efectividad y sea, a - esos fines, un acto nulo. Las potestades legislativas son mucho mas numerosas que las potestades judiciales. Ejemplos de esto podrían ser: reglas que especifican la materia sobre la cual puede ser ejercida la potestad legislativa, reglas que determinan las condiciones que deben reunir los miembros del cuerpo legislativo, reglas que determinan la manera y la forma de la legislación y el procedimiento a ser seguido por el cuerpo legislativo (2).

Por tanto, la tesis de Hart consiste en decir que, frente al criterio de la uniformidad de las reglas jurídicas, las reglas que confieren potestades destruye ese criterio rígido y unificador, en virtud de su diferente función social y su distinto lenguaje (3).

---

(1) Hart.C.D., pág.37.

(2) Hart,CD,p.40. Imaginemos que en nuestras Cortes una medida obtiene la mayoría de votos suficiente para ser aprobada: los diputados y senadores que votaron a favor no han "obedecido" la regla que requiere que - las decisiones sean aprobadas por aquella mayoría, ni los que votaron en contra han "desobedecido" esa regla; lo mismo puede decirse si la - medida no llega a obtener la mayoría necesari, y, por lo tanto, no se aprueba norma alguna. Como dice Hart: "La radical diferencia de función entre tales reglas impide aquí el uso de la terminología apropiada a la conducta en su relación con las reglas del derecho penal" (p.40).

(3) Sin embargo, es cierto que también podrían formularse algunas analogías: a) se puede decir, que, tanto las normas penales como las reglas que - confieren potestades constituyen pautas o criterios de conducta ("standards"), para la apreciación crítica de acciones determinadas. b) las reglas que confieren potestades están relacionadas con las reglas que imponen deberes, ya que se trata de potestades para crear reglas - generales del último tipo (poder legislativo) o para imponer deberes a particulares que, de otra manera, no estarían sometidos a ellos (poder judicial y administrativo). Sin embargo, cabría cierta distinción: "...mientras que las reglas semejantes a las del derecho penal imponen deberes, las reglas que confieren potestades son fórmulas para la creación de ellos". Hart, CD, pág.42.

#### B.1.1.4.1.2. La nulidad como sanción.

Uno de los principales argumentos para la defensa de la tesis de la uniformidad es considerar a la nulidad -que sobreviene cuando no es satisfecha alguna condición esencial para el ejercicio de la potestad- a semejanza del castigo imputado por la norma penal, como un mal o sanción amenazado, impuesto por el derecho a raíz de la transgresión de la regla (1).

En opinión de Hart, extender la idea de sanción hasta incluir la de nulidad es una fuente -y un signo- de confusión. En el caso de una norma penal existe un cierto tipo de conducta que la regla prohíbe y una sanción destinada a desalentar dicha conducta. En función de esto, se pregunta Hart: "Pero, ¿cómo podríamos ver a esta luz actividades socialmente deseables tales como la que cumplen los hombres cuando se intercambian promesas que no satisfacen las exigencias legales en cuanto a la forma? (2). Las reglas jurídicas que establecen formalidades para un determinado ejercicio de potestades no pueden ser equiparadas a las reglas penales que imponen sanciones en caso de incumplimiento. Mientras que el establecimiento de la nulidad es parte de la regla que confiere potestades, en el caso de la norma penal exis

- 
- (1) Tesis formulada, aunque no desarrollada, por J. Austin, "The Lectures. ..." op.cit., conferencia nº 23.
- (2) Hart, CD, pág.43. Austin adopta la concepción del concepto de nulidad como sanción, aunque no la desarrolla, en "The Lectures...", cit., conf. n.23. Por su parte, Bobbio critica el rechazo de Hart de introducir el concepto de nulidad en la categoría general de las sanciones: para Bobbio, la cuestión de si las distintas clases de nulidad pueden o no llamarse "sanciones" es quizá sólo una cuestión de palabras y, por tanto de oportunidad, desde el momento, en que el término "sanción" se refiere por lo común, especialmente en el lenguaje corriente, a las diversas formas de punición (o de reparación). Tanto es así que para evitar la lamentada confusión, los juristas adoptan a menudo, en lugar del término "garantía" de uso común en el lenguaje del Derecho Privado y menos comprometido con la terminología el uso en el Derecho penal. Para Bobbio, los conceptos de nulidad y pena, pese a sus diferencias -el juicio de ilicitud pone las condiciones para la no intervención de una fuerza protectora; en el caso de la pena, la sanción para el transgresor consiste en someterse a una fuerza que le desvía de la meta preestablecida; en el caso de la nulidad, la sanción para el transgresor consiste en no poder recurrir a la fuerza que había debido socorrerle en la obtención de la meta preestablecida pueden ser consideradas como pertenecientes a la misma categoría generalizada, es decir, a la "categoría de los expedientes con los que el ordenamiento jurídico trata de obtener el máximo respeto a las normas establecidas creando una situación desfavorable al violador". Bobbio, "Derecho y Fuerza" (1965, "Law and Force", The Monist, XLIX, nº3, p.321-341). cito por la tra. castellana de Alfonso R.Miguel, "Contribuciones a la Teoría del Derecho", ed. Fernando Torres, Valencia, p.347, 1980.



te la posibilidad lógica de distinguir entre la regla que prohíbe cierta conducta y el establecimiento de sanciones a ser aplicadas si la regla es transgredida. Esta distinción no se puede hacer entre la regla que requiere el cumplimiento de determinadas condiciones -por ejemplo- la firma de testigos para que haya un testamento válido- y la llamada sanción de nulidad.

B.1.1.4.1.3. Las reglas que confieren potestades como fragmentos de - normas jurídicas.

a) Mientras que el anterior argumento trataba de ampliar el significado de sanción para incluir en él la nulidad de un acto jurídico cuando en su otorgamiento no se ha cumplido con tales reglas, el segundo argumento - que analiza Hart opera de modo inverso: en lugar de tratar de mostrar que las reglas que confieren potestades son una especie de órdenes coercitivos; las reglas que confieren potestades -dirán los defensores de esta tesis- son fragmentos incompletos de reglas coercitivas (1). Según este modelo ju

---

(1) a) El modelo que Hart critica está tomado, fundamentalmente, de Kelsen; para este autor, no sólo las reglas que confieren potestades son consideradas como fragmentos de las reglas que imponen deberes, sino también defiende la idea de que las reglas de derecho primarias son las que prescriben que los tribunales o los funcionarios apliquen sanciones bajo ciertas condiciones. Es decir, para Kelsen, la norma jurídica se encuentra dividida en dos normas separadas, en dos expresiones del "deber"; una tiende a lograr que cierto individuo observe la conducta "debida"; la otra se dirige a un segundo individuo que debe ejecutar una sanción en caso de que la primera norma sea "violada". Para Kelsen, la única norma jurídica "genuína" es la segunda, denominada por él "norma primaria", mientras que la primera, "norma secundaria", estipula la conducta que el orden jurídico trata de provocar mediante el establecimiento de la "sanción". Para Kelsen, el Derecho es la norma primera que estipula la sanción, no resultando ésta contradicha por un posible acto antijurídico del súbdito, ya que tal acto, en el esquema de Kelsen, es la condición específica de la sanción. Siguiendo a Kelsen, únicamente el órgano puede proceder contrariamente al Derecho, es decir, a la norma primaria, al no ejecutar la sanción cuando las condiciones de la misma han quedado cumplidas (Kelsen, "Teoría General del Derecho y del Estado". 1979, UNAM, México, pág.71). Con respecto al Derecho Constitucional, - Kelsen mantiene la tesis de que las normas de la Constitución no son - normas completas independientes, sino que son parte intrínseca de todas las normas jurídicas que los tribunales y otros órganos tienen que aplicar.

continuación en pág. siguiente.-

rídico, todas las normas jurídicas genuinas son órdenes condicionales dirigidas a los funcionarios para que apliquen sanciones; formalmente podrían ser enunciadas así: "Si se hace, omite u ocurre algo del género X, entonces aplique una sanción del género Y" (1). Por tanto, las reglas secundarias se rían tan sólo condiciones generales bajo las que los tribunales han de aplicar sanciones. Este modelo se separa del modelo simple formulado anteriormente, pues mientras que aquel mantenía la concepción del Derecho como órdenes respaldadas por amenazas de sanciones que han de aplicarse cuando las órdenes son desobedecidas, el modelo que ahora estamos analizando -órdenes dirigidas a funcionarios para que apliquen sanciones- no incluye la necesidad de que haya una sanción prescrita para la transgresión de cada norma -jurídica" sólo es necesario -dirá Hart- que toda norma jurídica "genuina" prescriba la aplicación de alguna sanción" (2). Por tanto, según esta versión extrema de la uniformidad de las reglas jurídicas, las reglas que confieren potestades son representadas como las cláusulas condicionantes de -directivas dirigidas a los funcionarios para que apliquen sanciones.

b) Existe otra versión más moderada de esta tesis también criticada -por Hart, que considera a las reglas que confieren potestades como los antecedentes o cláusulas condicionantes que ordenen hacer algo a los ciudadanos ordinarios, bajo amenaza de sanciones. Sin embargo, según esta versión, esta tesis sólo puede ser aplicada a las reglas que se refieren principalmente a la conducta de los ciudadanos, -las reglas del Derecho Penal- siendo necesaria la reformulación anterior en el resto de las normas jurídicas.

---

cont.-b) Ross, por su parte, también ha enunciado, aunque de forma más simple, esta tesis diciendo que las normas de competencia ("versión continental" de las normas secundarias de Hart) son normas de conducta indirectamente formuladas. "Sobre el Derecho y la Justicia", Eudaba, 1977, pág. 50.

c) Bentham, en "The Limits of jurisprudence Defined", también reduce todas las reglas a normas que crean deberes (especialmente caps. 1 y 2).

(1) Hart. C.D., pág. 45.

(2) Hart. C.D., pág. 47.

La reconducción a la uniformidad de todas las reglas jurídicas, tanto bajo la tesis de que todas ellas son órdenes respaldadas por amenazas -con versión de la nulidad en sanción- como bajo la tesis de que todas las reglas que confieren potestades son fragmentos de normas jurídicas completas-directivas dirigidas a los funcionarios- tan sólo deforma nuestra versión de cómo las reglas jurídicas son concebidas, aludidas y usadas en la vida social. Hart resume su concepción en la siguiente cita que, aunque larga, considero interesante reproducir: "La reducción de las reglas que confieren y definen las potestades legislativas y judiciales o enunciados de condiciones bajo las cuales surgen los deberes constituye, en la esfera pública, - un similar factor de oscuridad. Quienes ejercen esas potestades para dictar medidas y órdenes dotadas de autoridad, usan estas reglas en una forma de autoridad, guidas por un propósito, que difiere totalmente del cumplimiento de deberes o de la sumisión al control coercitivo. Representar estas reglas como meros aspectos o fragmentos de las reglas que imponen deberes es, aún más que en la esfera privada, oscurecer las características distintivas - del derecho y, de las actividades posibles dentro de su estructura. Porque la introducción en la sociedad de reglas que habilitan a los legisladores para reformar y crear reglas de deber, y a los jueces para determinar cuando estas últimas han sido transgredidas, es un avance tan importante para la sociedad como la invención de la rueda" (1).

#### B.1.1.4.2. Ambito de aplicación.

El ámbito de aplicación de una norma jurídica es siempre una cuestión de interpretación del precepto. Al interpretarlo puede incluirse o excluirse aquellos que lo dictaron: por ejemplo, la legislación -a diferencia del mero ordenar a otros hacer cosas bajo amenazas- puede tener fuerza auto-obligatoria, es decir, puede afectar al propio productor de normas. Pero en vez de explicar este ámbito de aplicación en base a una distinción pública-pri

---

(1) Hart. CD., págs.52 y 53.

vada de la personalidad del legislador -dentro de una estructura vertical del Derecho- Hart utiliza el concepto de promesa: para que el promitente - se someta a una obligación es necesario la existencia de ciertas reglas que establecen "que si se usan palabras por personas apropiadas en ocasiones - apropiadas... quienes las usan estan obligadas a hacer las cosas que ellas designan" (1).

La elaboración de una ley, como la formulación de una promesa, presupone ciertas reglas que rigen el proceso: las palabras proferidas o escritas por las personas calificadas por este tipo de reglas secundarias, crean - obligaciones para todas aquellas que se encuentran dentro del ámbito explícita o implícitamente designado por dichas palabras. El legislador, a semejanza del que prometo -y salvando las diferencias entre ambos tipos de lenguaje- ejerce potestades conferidas por reglas, cayendo muy a menudo dentro de su ámbito. Así, al asemejar la figura del legislador al promitente, lo que trata Hart de criticar es la imagen de un legislador que dicta órdenes a los súbditos, situándose, por definición, fuera del alcance de lo - que hace. La idea del carácter auto-obligatorio de la legislación, en vez de ser explicada mediante el recurso de la doble personalidad del legislador -pública y privada- puede ser comprendida mejor teniendo en cuenta la idea del ejercicio de potestades conferidas por reglas. Por tanto, de nuevo, Hart ataca el modelo de órdenes coercitivas, mediante una concepción - nueva de la legislación como introducción o modificación de pautas o criterios generales de conducta a ser seguidas generalmente por la sociedad.(2).

- 
- (1) Hart, CD, pág.54. Para un estudio lógico de la "promesa", vid. Searle, "How to Derive" "Ought" from "Is", The Philosophical Review, 1964, pág. 43 y ss. Este texto ha sido reproducido en P. Foot "Theories of Ethics", Oxford, 1967 (hay, trad. castellana en FCE, "Teorías sobre la Etica", México, 1974, págs. 151-170). También es interesante, en este mismo volumen -reproducción de un texto de 1964- R.H.Hare "El juego del prometer", págs. 171-187; asimismo, J.Hierro S.Pescador, "Problemas del análisis del lenguaje moral", Tecnos, págs. 131-145.
- (2) La analogía entre la legislación y la formulación de una promesa se encuentra ya en Kelsen, en su "Teoría General..." op.cit., Otras críticas, aparte de la de Hart, de la interpretación de las normas en la teoría imperativa pueden encontrarse en Hagerstrom y Kelsen, quienes cuestionan la teoría de las normas jurídicas como expresiones de la voluntad o intención del legislador.

8.1.1.4.3. Modos de origen.

La legislación debe su status de Derecho a un acto deliberado de creación jurídica: la sanción de una ley, al igual que el dar una orden, es un acto deliberado de origen cierto; el tipo de normas que contradice esta pretensión es la costumbre.

Hart analiza la costumbre jurídica con la pretensión de criticar el - modelo del Derecho como conjunto de órdenes coercitivas, ya que este modelo sacralizaba un único modo de origen de la producción normativa. Para ello, diferencia dos tipos de cuestiones:

a) La primera se pregunta si "la costumbre como tal" es derecho o no. La respuesta de Hart -como la mayoría de juristas- consiste en decir que - una costumbre sólo es Derecho si pertenece a una clase de costumbre que es "reconocida" como Derecho por un sistema jurídico particular. Por tanto,

b) La segunda cuestión se refiere al significado del "reconocimiento jurídico" de la costumbre.

La teoría que atribuye el carácter jurídico de una costumbre al hecho de que un tribunal o la legislatura o el soberano la han "ordenado", implica en primer lugar, dar a "ordenar" un significado demasiado amplio, y, en segundo lugar- y en última instancia- aceptar la concepción del Derecho como la orden del soberano o de un subordinado a quien aquél puede elegir para que dé órdenes en su nombre; en este segundo caso, existe la presuposición de las "órdenes tácitas" del soberano: él puede, sin dar una orden expresa, significar sus intenciones de que los súbditos hagan ciertas cosas no interfiriendo cuando sus subordinados dan órdenes a éstos y los castigan si las desobedecen. Esta versión del reconocimiento jurídico de la costumbre es - criticada por Hart en base a dos puntos (1):

---

(1) La tesis criticada por Hart proviene de Austin ("The Province...", conf. I y "the Lectures", conf.30), Bentham también adoptó la tesis del mandato tácito para sustentar su teoría imperativa del Derecho ("The Limits ....", págs. 104-109). Una crítica del mandato tácito puede encontrarse en Gray "The Nature and Sources of Law", op.cit., págs. 193-199.

- 1) No es necesariamente verdad que mientras que las reglas consuetudinarias no son usadas en los litigios carecen de status como derecho.
- 2) Aún cuando se concede que la costumbre no es Derecho mientras no sea aplicada por el tribunal en el caso particular, ¿es posible considerar la no interferencia del soberano como una expresión tácita del deseo de que la regla sea obedecida?. Realmente, esta ficción no describe bien el funcionamiento de los sistemas jurídicos modernos, sistemas en los que rara vez es posible atribuir al "soberano" tal conocimiento, consideración y decisión de no interferir.

La pregunta del reconocimiento jurídico de la costumbre queda abierta para ser analizada por Hart en su examen crítico del concepto de soberanía.

#### B.1.1.4.4. Resumen.

Antes de analizar este concepto, se puede hacer un resumen de la crítica de Hart al modelo o concepción del Derecho como órdenes coercitivos; las objeciones a esta teoría podrían formularse así (1):

- 1) Diversidad de normas jurídicas; incluso, el modelo de la ley penal tiene un campo de aplicación mayor que las simples "órdenes" (tal norma puede imponer deberes tanto a quienes la han dictado como a los demás).
- 2) Normas que confieren potestades: no imponen deberes sino simplemente ofrecen facilidades para la libre creación de derechos subjetivos y deberes jurídicos dentro de la estructura coercitiva del Derecho.
- 3) Las reglas de Derecho que se originan en la costumbre no deben su status jurídico a ningún acto consciente de creación del Derecho.
- 4) Rechazo de la identificación entre nulidad y sanción.
- 5) Rechazo de la concepción de las reglas que confieren potestades como meros fragmentos de normas jurídicas completas.

---

(1) Hart, CD, pág. 61

- 6) Rechazo de la "doble personalidad" del legislador.
- 7) Rechazo de la ficción de "orden tácita" del soberano.

#### B.1.1.5. Teoría de la soberanía. Crítica.

##### B.1.1.5.1. Introducción

La teoría clásica de la soberanía del pensamiento jurídico inglés ha consistido siempre, en una teoría sobre el fundamento de todos los sistemas jurídicos. Este fundamento como hemos visto, se traducía en la idea de un soberano, caracterizado afirmativa y negativamente por referencia al hábito de obediencia; es decir, una persona o conjunto de personas cuyas órdenes son habitualmente obedecidas por la gran mayoría de la sociedad y que no - obedece habitualmente a ninguna otra persona o personas (1). Esta estructura vertical del poder político es criticada por Hart en base a 3 puntos principales:

- A) El carácter continuo de la autoridad para crear derecho que poseen una sucesión de legisladores diferentes.
- B) La persistencia de las normas mucho después de que su creador y - quienes le prestaban obediencia habitual han desaparecido.

---

(1) Como señala Hart, Austin parece admitir que para dar cuenta de la continuidad de la soberanía a través de una serie de personas que la van asumiendo sucesivamente, no son suficientes sus nociones centrales de "obediencia habitual" y "mandatos", pero nunca señala con claridad cual es el elemento adicional que hace falta. Austin habla a veces de un - "Título" ("Title") y de una "pretensión" ("claims") a suceder, y también de un título "legítimo" ("legitimate"); sin embargo, todas estas expresiones implican la existencia de una regla que regula la sucesión y no meramente hábitos de obediencia a soberanos sucesivos. No obstante, Austin habla a veces de la identificación del soberano en función de alguna "descripción genérica": cuando una persona satisface tal descripción genérica, se dice que tiene "título" o "derecho" a suceder. Ahora bien, la explicación no podrá ser plausible si no se incluye la idea de una regla aceptada que regula la sucesión. Como dice Hart, "para que haya" "derecho" o "título" a la sucesión, tiene que haber una regla que provea a la sucesión". La doctrina de Austin sobre las descripciones - genéricas no puede reemplazar a tal regla, aunque claramente revela su necesidad (v.Hart, o CD, págs. 305 y 306).

- C) El modelo simple del soberano le considera jurídicamente ilimitado e ilimitable como condición necesaria para la existencia del Derecho: precisamente Hart va a cuestionar este carácter de necesidad, así como la explicación de la presencia o ausencia de límites jurídicos a la potestad legislativa en los términos simples de hábito y obediencia.

#### B.1.1.5.2. Continuidad del Ordenamiento Jurídico

##### B.1.1.5.2.1. Introducción.

Para explicar la continuidad de la potestad de creación del Derecho a lo largo de una sucesión cambiante de legisladores individuales, es común usar términos tales como "regla de sucesión", "título", "derecho a suceder", "facultad de dictar normas jurídicas", expresiones que no pueden ser explicadas en base a los términos de "hábitos de obediencia a órdenes generales" ya que la idea de obediencia habitual fracasa en la explicación de estos fenómenos jurídicos y políticos:

- 1) en primer lugar, porque el concepto de hábito de obediencia frente a órdenes dadas por un legislador "no puede conferir al nuevo legislador ningún derecho a suceder al anterior y a dar órdenes en su reemplazo" (1).
- 2) en segundo lugar, porque la mera obediencia habitual al legislador anterior no puede, por sí sola, hacer probable el hecho de que las órdenes del nuevo legislador serán obedecidas por la mayoría de la población.

En opinión de Hart, para que exista aquel derecho y una cierta presunción de futura obediencia, tiene que haberse dado en la sociedad una práctica social más compleja que la mera obediencia, práctica descrita por Hart como "la aceptación de la regla según la cual el nuevo legislador tiene título a suceder" (2).

---

(1) Hart, CD. pág.69.

(2) Hart, CD. pág.69.



8.1.1.5.2.2. Concepto de "aceptación". Diferencias conceptuales entre "hábito" y "regla". "Punto de vista interno".

Teniendo en cuenta todas las matizaciones que hemos analizado en el apartado sobre metodología, es preciso enmarcar este tema dentro de la crítica que Hart lleva a cabo del concepto de hábito de obediencia, concepto que el modelo jurídico simple usa para explicar la teoría de la soberanía.

Para explicar el concepto de "aceptación de una regla" es necesario, retomando los temas que hemos expuesto en el apartado metodológico, establecer, siguiendo a Hart, una diferenciación conceptual entre hábito y regla; mientras que ambos conceptos tienen que ser generales (es decir, se trata de acciones repetidas por la mayor parte de un grupo social), las diferencias se podrían formular de la forma siguiente:

- 1) a.-HABITO: convergencia de hecho de determinadas conductas generales.  
b.-REGLA: junto a la convergencia de hecho, las desviaciones de la conducta son consideradas como acciones susceptibles de crítica; existe una presión social en favor de la conformidad.
- 2) REGLA: las desviaciones respecto del modelo o pauta son aceptadas generalmente como una buena razón para formular tal regla. La crítica a la desviación es considerada como legítima o justificada en este sentido, tal como lo son las exigencias de cumplimiento frente a la amenaza de desviación.
- 3) HABITO: conducta regular uniforme que un observador puede registrar (punto de vista externo).  
REGLA: aparte de este punto de vista externo, para que exista una regla social tiene que existir, por lo menos de una parte de un grupo social, una visión de las reglas como pautas o criterios generales de comportamiento a ser seguidas por el grupo como un todo. Tal es el denominado por Hart "punto de vista interno".

Por tanto, creo que el punto fundamental de distinción entre un hábito y una regla es la idea del "punto de vista interno": la aceptación de una regla desde el punto de vista interno se manifiesta en la crítica y en las

exigencias hechas a otros sujetos frente a la desviación (real o posible), y en el reconocimiento de la legitimidad de tal crítica y de tales exigencias cuando los otros sujetos las formulan a los primeros (1). Para que exista tal aceptación interna no es necesario que existan "sentimientos" de obligación; lo que es necesario es que haya una "actitud crítica reflexiva" frente a ciertos modelos de comportamiento en tanto que pautas o criterios de conducta comunes, y que ella se despliegue en forma de crítica (que incluye la auto-crítica), exigencias de conformidad, y en reconocimientos de que tales críticas y exigencias están justificadas, todo lo cual halla expresión característica en la terminología normativa "yo debo", "deber", "tú tienes que", "el debería", "correcto" "incorrecto", etc (2).

Aceptando esta distinción social, Hart configura la posibilidad de la existencia de una regla que provee la identificación de las pautas o criterios de conducta de una manera indirecta -aquí ya está anunciando el concepto de Regla de Reconocimiento-, regla que, en su forma más simple y en el ámbito de un sistema jurídico podría formularse de la siguiente forma: "toda acción que X especifique -siendo X el soberano de un sistema jurídico- debe hacerse". Por tanto, el soberano del modelo jurídico simple queda transformado en un soberano:

- a) con el derecho o facultad para dictar lo que debe hacerse (pautas de conducta).
- b) no sólo habrá obediencia general a sus órdenes sino que será generalmente aceptado que es correcto obedecerlo (esta idea no implica aceptación moral). Es decir, sus órdenes serán ahora una pauta o criterio de comportamiento, de modo que las desviaciones a este comportamiento serán susceptibles de crítica, justificada por el propio soberano

---

(1) El ejemplo que pone Hart es el de la aceptación de las reglas del juego del ajedrez, Hart, CD, pág.71.

(2) Hart, CD, p.73. En el apartado de "Metodología" ha intentado analizar este presupuesto metodológico fundamental en la obra de Hart. En este capítulo tan sólo lo analizaremos como presupuesto básico de la crítica hartiana a la teoría clásica de la soberanía. No obstante, cuando se habla de "punto de vista interno", sería necesario diferenciar, como ha señalado Raz, tres posibles acepciones de su significado: a) designa ciertos hechos que son parte de las condiciones de existencia de las reglas, b) designa ciertas condiciones de verdad de ciertos enunciados o determinados implicaciones al producirlos, c) designa una cierta actitud hacia las normas que puede ser denominada "aceptación". V.Raz, "The Concept of a Legal System", Oxford, 1970, p. 148.

- c) al dictar pautas o criterios de conducta, y no meras órdes, no hay razón para que él no esta obligado por su propia legislación.

Por tanto, según la tesis de Hart, la continuidad de la autoridad legislativa -característica de la mayor parte de los Ordenamientos Jurídicos- depende de aquella forma de práctica social que constituye la aceptación -de una regla, aceptación que difiere del hecho simple de la mera obediencia habitual: los hábitos de obediencia por parte de la mayoría de una población hacia un soberano legislador (persona o conjunto de personas) no basta para dar razón del derecho de un sucesor a suceder, ni de la consiguiente continuidad de la potestad legislativa. Hace falta que exista la aceptación de una regla que especifique la sucesión, en virtud de dos razones:

- a) en primer lugar, porque los simples hábitos de obediencia no son -"normativos", es decir, no pueden conferir derechos o autoridad a nadie.
- b) en segundo lugar, porque los hábitos de obediencia a un individuo no pueden, a diferencia de las reglas aceptadas, referirse por igual a una clase o línea de legisladores futuros y al legislador actual, o hacer que la probabilidad de obediencia a aquellos sea plausible. Por tanto, la "aceptación interna" de la regla que especifica las condiciones de la sucesión fundamenta el enunciado de que el sucesor tiene derecho a dictar normas, y el enunciado fáctico de que es probable que sea obedecido.

Sin embargo, como el propio Hart señala, la idea de la aceptación de una regla, -en este caso, la regla que determina la continuidad del soberano legislador no puede funcionar de la misma forma en un modelo simple de sociedad que en un sistema jurídico desarrollado. En un Ordenamiento jurídico moderno sería absurdo pensar que la mayoría de la población tiene una clara de las reglas que especifican los requisitos formales de sucesión; - en este caso, el complejo fenómeno social de la aceptación radica más bien en los funcionarios y expertos del sistema: en los legisladores, cuando dictan normas de acuerdo con las reglas que les facultan a dictarlas; los tribunales, cuando identifican como normas a ser aplicadas por ellos las dictadas por las personas así facultadas, y los expertos, cuando guían a los ciudadanos en función de las normas dictadas de esa manera. Precisamente, el ciudadano manifiesta en parte su aceptación al admitir los resulta-

dos de esos actos oficiales: acata las normas jurídicas que son creadas e identificadas de esa manera, y también deduce pretensiones y ejercita potestades conferidas por ellas.

Mientras que la tesis de Austin de encontrar el fundamento de un sistema jurídico en un hábito general de obediencia nos muestra el aspecto pasivo de la existencia de un sistema jurídico, Hart, sin negar ni rechazar este importante enfoque, añade un aspecto activo complementario, aspecto que se observa principalmente, aunque no de forma exclusiva, en los actos de creación, identificación y de aplicación del Derecho realizados por los funcionarios y expertos del sistema.

#### 8.1.1.5.3. Persistencia del Derecho.

El tema de la persistencia del Derecho es planteado por Hart en base a las siguientes preguntas:

"...¿cómo se puede decir, en base al esquema simple de los hábitos de obediencia, que la primera norma dictada por quien sucede a otro en el cargo de legislador es "ya" derecho, antes de que aquél haya recibido personalmente obediencia habitual?... ¿cómo es posible que el derecho creado por un legislador antiguo, ya desaparecido, sea, todavía derecho para una sociedad de la que no puede decirse que lo obedezca habitualmente?" (1).

La respuesta a esta pregunta, siguiendo las tesis de Hart, se basa en el reemplazo de la noción simple de hábito de obediencia a una persona soberana, por el concepto de reglas, normalmente aceptadas, que especifican o designan una clase o línea de personas, cuya palabra ha de constituir una pauta o criterio de conducta para la sociedad, es decir, que tienen derecho a legislar.

Uno de los intentos más interesantes para explicar la persistencia de las normas jurídicas en base al concepto simple de órdenes respaldadas por amenazas y, por tanto, en base a la noción de obediencia habitual al soberano presente, lo constituye el intento de Hobbes -seguido en este punto - por Bentham y Austin- de fundamentar tal persistencia en el ordenamiento tácito de la voluntad del soberano: este reconocimiento consiste en el hecho

---

(1) Hart, CD., pág.77.

de que, aunque podría hacerlo, el soberano no interviene ni interfiere en la aplicación -por parte de los tribunales y el ejecutivo de las normas - dictadas en anteriores legislaturas. Dice Hobbes: "...el legislador no es aquel bajo cuya autoridad la ley fué hecha por vez primera, sino aquél por cuya autoridad continúa hoy siendo ley (1). Sin embargo, esta doctrina, - aparte de su incapacidad para explicar el status jurídico de ciertas reglas consuetudinarias -como he señalado antes- es rechazada por Hart nuevamente:

a) las normas de legislaturas pesadas y las normas actuales no son de recho porque han sido aplicadas por los tribunales, sino porque fueron sancionadas por personas cuyas sanciones tienen ahora autoridad, de acuerdo con reglas aceptadas en el presente, con independencia del hecho de la supervivencia o no de aquellas personas.

b) la distinción por parte de los tribunales entre una ley derogada y una ley vigente no se fundamenta en el conocimiento de lo que el actual soberano ha ordenado en forma tácita, sino en el hecho de que los tribunales usan como criterio una o varias reglas fundamentales acerca de que es lo que ha de considerarse Derecho.

c) por último, Hart establece una diferenciación: es lo mismo decir - que los funcionarios del sistema -y sobre, los tribunales- no aceptan la - regla de que ciertos actos legislativos del pasado o actuales tienen autoridad- con lo que tales actos legislativos carecerán de algo esencial para su status como Derecho-, que decir que ninguna ley es Derecho hasta que sea efectivamente aplicada por un tribunal (2): si se acepta esta segunda tesis, se llega al supuesto absurdo de no diferenciar una ley derogada de una ley sancionada no derogada que todavía no ha sido aplicada por los tribunales.

---

(1) Hobbes, Leviatan, op.cit., cap. XXVI.

(2) Esta segunda tesis es, en definitiva, una de las versiones del denominado "Realismo Jurídico", Hart, CD. pág. 81.

#### 8.1.1.5.4. Limitaciones jurídicas a la potestad legislativa.

Para el "modelo simple" que antes hemos expuesto, la existencia del Derecho implica la existencia de un soberano ilimitado e ilimitable jurídicamente: se trata, pues, de un legislador que no obedece a ningún otro legislador. Las posibles objeciones a esta interpretación, son resumidas por Hart de la siguiente forma (1):

1) Las limitaciones jurídicas a la autoridad legislativa no consisten en deberes impuestos al legislador de obedecer a algún legislador superior (tal y como lo niega el modelo simple) sino en incompetencias establecidas en reglas que lo habilitan para legislar. Los "límites" no significan aquí la presencia de un "deber", sino la ausencia de potestad jurídica.

2) Para determinar si una pretendida norma sancionada es Derecho no hay necesidad de remontarse a la norma sancionada, en forma expresa o tácita, por un legislador que es "soberano ilimitado" (según el modelo simple este término se define, positivamente, porque su autoridad para legislar es jurídicamente ilimitada, y negativamente, porque no obedece a nadie en forma habitual). En lugar de ello se tiene que demostrar que fué creada por un legislador que estaba habilitado para legislar de acuerdo con alguna regla existente, y que, o bien esta regla no establece restricciones, o no hay ninguna que afecte la norma particular de que se trata.

3) En tercer lugar, para demostrar la existencia de un sistema jurídico independiente, no es necesario, intentar demostrar la ilimitación jurídica del soberano (positiva y negativamente), sino simplemente demostrar -

---

(1) Hart, C.D., págs.87 y 88. A diferencia de Austin, Bentham sostuvo que el poder supremo podía ser limitado por "convención expresa", y que - las normas dictadas transgresoras de la convención serían nulas (Fragmento sobre el gobierno, op.cit., cap.4, parag. 26 y 34-38). El argumento de Austin contra la posibilidad de una limitación jurídica al poder del soberano se apoya en la suposición de que estar sometido a tal limitación es estar sometido a un deber. (The Province, op.cit., conf.VI). Hart, sigue la tesis de Hohfeld de que las limitaciones a la autoridad legislativa consiste en incompetencias, no en deberes. vid.W.N.Hohfeld, "Some fundamental legal conceptions as applied to judicial reasoning", 23 Yale Law Journal, 16 (1913); New Haven, Connecticut, U.S.A. (hay - trad. cst. de Genaro R. Carrió, "Conceptos jurídicos fundamentales". Centro editor de América Latina, Buenos Aires, 1968, v. especialmente, cap. I.

que las reglas que habilitan al legislador no confieren autoridad superior a quienes tienen también autoridad sobre otro territorio. Por tanto, invirtiendo el argumento, para Hart el hecho de que el legislador no está sometido a tal autoridad extranjera no significa que tiene autoridad ilimitada dentro de su territorio.

4) En cuarto lugar, Hart establece una distinción entre una autoridad legislativa jurídicamente ilimitada y una que, aunque limitada por la Constitución, es suprema en el sistema.

5) Por último, mientras que la presencia o ausencia de reglas que limitan la competencia del legislador es importante para la explicación de la teoría de la soberanía, la idea de los hábitos de obediencia del legislador tan sólo tiene una importancia relativa —dice Hart— como medio de prueba indirecto de que su autoridad para legislar no está subordinada, por reglas constitucionales o legales, a la de otros.

La tesis del soberano jurídicamente ilimitado choca con el funcionamiento de los sistemas jurídicos desarrollados: la constitución de un determinado país, normalmente impone limitaciones jurídicas a los actos normales de la legislatura suprema, limitaciones que pueden o no ser inmunes a ciertas formas de modificación jurídica, dependiendo esto de la naturaleza de la cláusula que la constitución contenga respecto de su propia reforma. Normalmente, la mayor parte de las constituciones incluyen un amplio poder de enmienda a ser ejercido por un cuerpo distinto de la legislatura ordinaria, o por los miembros de ésta usando un procedimiento especial. Hart señala que, aun cuando la doctrina de la "Reina en Parlamento" es mencionada a menudo como un paradigma de lo que significa una "legislatura soberana", el propio Austin pensaba que, en toda democracia no son las representantes elegidos quienes constituyen o integran el cuerpo soberano, sino los electores (1). Ahora bien, la identificación del soberano con el electorado no

---

(1) Hart, CD, p.92. Austin pensaba que el electorado podría expresar la "legislatura extraordinaria", en un intento de escapar a la objeción de que en muchos Ordenamientos Jurídicos la legislatura ordinaria está sometida a limitaciones jurídicas ("The Province..." conf. VI).

es coherente con el concepto de soberano -persona o conjunto de personas - frente a quien la mayoría de la población tiene un hábito de obediencia- tal y como es definido por Austin: señala Hart que, siguiendo esta tesis, - estaríamos ante una sociedad en la que la mayoría obedece órdenes dadas - por la mayoría o por todos. Frente a esta objeción se ha pretendido contes- tar haciendo una distinción entre la capacidad de los individuos como per- sonas privadas y la capacidad de los individuos como legisladores ("los in- dividuos en su condición oficial constituyen una persona distinta que es - habitualmente obedecida"). Sin embargo, esta especie de "esquizofrenia" de los individuos es un argumento demasiado forzado para describir el funciona- miento de la legislatura soberana de un sistema jurídico desarrollado: la alternativa que propone Hart hace referencia a ciertas reglas que determi- nan "qué condiciones deben reunir aquellas personas y qué es lo que ellas deben hacer para llevar a cabo una elección válida o crear una norma jurí- dica válida" (1). Estas reglas no describen hábitos de obediencia de la po- blación, no son meramente términos o condiciones bajo los cuales la socie- dad obedece habitualmente al soberano: las reglas -siguiendo a Hart- son constitutivas del soberano. Por tanto, Hart rechaza de nuevo las simples - ideas de órdenes, hábito y obediencia como conceptos explicativos en el - análisis del Derecho. En el análisis de Hart, lo que es importante es "la noción de regla que confiere potestades, que pueden ser limitadas o ilimi- tadas, a personas que reúnen ciertos requisitos, para legislar mediante la observancia de cierto procedimiento". (2).

#### B.1.2. El concepto de Derecho como unión de reglas primarias y secundarias

##### B.1.2.1. Introducción

Antes de exponer el modelo jurídico que Hart propone como corrección al paradigma austiniano, sería necesario recapitular la crítica que ha inten- tado resumir en los apartados precedentes, en el siguiente esquema:

---

(1) Hart, CD, pág.94.

(2) Hart, CD, pág.96. Otras objeciones accesorias, en pgs. 96 y 97.



Modelo simple: concepción del Derecho como órdenes coercitivas del soberano.

Crítica de Hart al modelo simple:

a) Las leyes penales, clase de normas que guardan un mayor parecido con las órdenes del modelo simple, tienen un campo de aplicación mayor: también se aplican a quienes las sancionan.

b) Las órdenes del modelo simple no contemplan una clase importante de normas jurídicas: las normas que confieren potestades jurídicas para decidir casos judiciales o legislar (potestades públicas) o para crear o modificar relaciones jurídicas (potestades privadas).

c) Hay reglas jurídicas que difieren de las órdenes en su modo de origen, ya que no son creadas por medio de una prescripción explícita.

d) El análisis del soberano del modelo simple plantea dos objeciones principales:

1) no justifica la continuidad de la autoridad legislativa.

2) el soberano no puede ser identificado con el electorado o con la legislatura de un Estado moderno.

e) La noción de orden tácita -argumento introducido a costa de alterar la simplicidad primitiva de la teoría para superar ciertas dificultades no puede ser aplicada a la complejidad de un sistema jurídico moderno, sino que responde a situaciones jerárquicas más simples.

f) Considerar a las reglas que confieren potestades como meros fragmentos de reglas que imponen deberes o como reglas dirigidas únicamente a los funcionarios, trae como consecuencia una desfiguración del uso efectivo de estas reglas en la vida social.

g) La consideración de la doble personalidad de los legisladores (oficial y privada) como artificio para reconciliar el carácter auto-obligatorio de la legislación con la teoría de que una ley es una orden dirigida a otros, obliga a completar la teoría con algo que ella no contiene: la noción de una regla que define lo que hay que hacer para legislar.

A modo de resumen dice Hart: "La raíz del fracaso es que los elementos con que se ha construido la teoría, a saber las ideas de órdenes, obediencia, hábitos y amenazas, no incluyen, ni tampoco puede producir median

te su combinación la idea de regla, sin la cual no podemos abrigar la esperanza de elucidar ni siquiera las formas más elementales del Derecho" (1).

#### 8.1.2.2. Elementos del Derecho. Tipos de normas.

1.-Hart distingue dos tipos de reglas que, aunque relacionados, es necesaria su distinción:

a) Las reglas que prescriben a los seres humanos que hagan u omitan ciertas acciones, lo quieran o no. Las reglas de este primer tipo, básico o primario, son reglas que imponen deberes.

b) En segundo lugar, como Hart ha señalado anteriormente al criticar el modelo simple del Derecho, existe otro tipo de reglas que dependen o que son secundarias con respecto a las primeras: estas reglas establecen que los seres humanos pueden, haciendo o formulando ciertas cosas y enunciados, introducir nuevas reglas del tipo primario, extinguir o modificar reglas anteriores, determinar de diversas maneras sus efectos, o controlar su actuación. Este tipo de reglas, como ha analizado con anterioridad, confieren potestades, públicas o privadas. Mientras que las reglas del primer tipo implican movimiento o cambios físicos, las reglas del segundo tipo proveen - además actos que conducen a la creación o modificación de deberes y obligaciones.

Esta clasificación de dos diferentes tipos de reglas jurídicas, ocupa un lugar central en la Teoría del Derecho de Hart, cuya finalidad fundamental es la de clarificar y explicar de una manera satisfactoria el funcionamiento y la complejidad de los modernos Ordenamientos jurídicos. Dice Hart: "...defenderemos la tesis general de que en la combinación de estos dos tipos de reglas se encuentra lo que Austin, erróneamente, creía haber hallado en la noción de órdenes coercitivos, a saber, "la clave de la ciencia -

---

(1) Hart.C.D., p. 101.

de la jurisprudencia" (1). Por tanto, la importancia de esta clasificación se debe a su poder explicativo para analizar los conceptos que constituyen la estructura del pensamiento jurídico.

2.-Hart establece una diferenciación entre los elementos jurídicos de una estructura social primitiva y los elementos de Derecho de un moderno - sistema jurídico. Precisamente, la estructuración y clarificación de las - reglas de Derecho de un ordenamiento jurídico desarrollado es configurada por Hart a partir de los defectos e imperfecciones de una estructura de reglas primarias de obligación. Por tanto, antes de analizar las distintas - clases de reglas jurídicas, es necesario resumir las principales características jurídicas de una estructura social primitiva.

- 
- (1) Hart, CD, pág. 102. El término inglés "jurisprudence" corresponde a lo que en el Continente europeo se ha venido denominando "Teoría General del Derecho". Sin duda, esta afirmación es exagerada, como ha sido puesto en evidencia por la mayoría de los críticos de Hart; así, vid. R.Sartorius. "The Concept of Law", ARSP, 1966, p. 179, donde dice: "He could not have given us the Key, for the Key to the science of jurisprudence does not exist; like the ubiquity of Austin's sovereign, it is a myth". En este sentido, vid. E. Bodenheimer, "Review of Hart's Concept of Law" UCLA Law Review, vol. 10, nº 4 (1963) y B.E.King. "The Basic Concept - of Professor Hart's Jurisprudence: The Norm Out of the Bottle", Cambridge Law Journal, 1963. La referencia a la división de normas primarias y secundarias se encuentra en la mayor parte de las revisiones críticas de "El Concepto de Derecho"; así, vid. Hughes, "Professor Hart's Concept of Law", 25 Modern Law Review, págs.319 y ss (1962); Mullock, "Some Comments on Professor Hart's Legal System -A Reply to Professor Summers", 1965, Duke Law Journal, p.62 y ss; M.G. Singer, "Hart's Concept of Law", The Journal of Philosophy, vol LX, nº 8, págs. 197-220, 1963; R.S.Summers, "Professor H.L.A. Hart's Concept of Law", Duke Law Journal, p.629 -670, 1963; K.K. Lee. "The Concept of Law", Mind, págs. 395-412, 1962; H.Morris, "The Concept of Law", 75 Harvard Law Review, p.1452-1461, 1962; Cohen, "The Concept of Law", 71, Mind, p.395 y ss.(1962); S.Brown, "The Concept of Law", 72, Philosophical Review, p.250 y ss, 1963; J.T.Noonan, "The Concept of Law", Natural Law Forum, p. 169-177, 1962; A. Ross, "The Concept of Law", 71 Yale Law Journal, p. 1185 y ss.(1962); Jaeger, "The Concept of Law", Archives de Philosophie du Droit, p.355-363, 1967. - Vid. también, J.Cameron, "Observations on the "Concept of Law", 8 Jur.Rev. p.101 y ss (1963); Kanowitz, "The place of Sanctions in Professor H.L. A. Hart's Concept of Law, 5 Duke Law Review 1 (1966); A.T. Kronman, - "Hart, Austin, and the Concept of a Legal System: The Primacy of Sanctions", vol.84 The Yale Law Journal, nº 3 enero 1975, p.584-607; M. Payne, "Hart's Concept of a Legal System", William & Mary Law Review, p.- 287-319, 1976.

En primer lugar, Hart reconstruye un modelo o paradigma de sociedad - primitiva configurándola como una estructura de reglas primarias de obligación. Para que exista tal estructura social, Hart establece tres condiciones (1):

a) Las reglas tienen que restringir, de alguna manera, el libre uso de la violencia, el robo y el engaño para que exista la posibilidad de una coexistencia social (2). Junto a estas reglas negativas existen otro tipo de reglas positivas que imponen el cumplimiento de ciertos servicios y contribuciones.

b) En segundo lugar, aunque en tal sociedad pueda existir una tensión entre el grupo que obedece las reglas y el grupo que las rechaza, este último grupo no puede ser más que una minoría, condición necesaria para que pueda subsistir una sociedad de personas que tiene aproximadamente la misma fuerza física, organizada con tan débil cohesión.

c) En tercer lugar, es obvio que sólo una pequeña comunidad estrechamente unida por lazos de parentesco, sentimiento común y creencias, y ubicada en un ambiente o contexto estable, puede vivir con buen resultado según tal régimen de reglas no oficiales.

La simple estructuración social de reglas primarias de obligación, responde, pues, a ciertos condicionamientos sociales y políticos. Si estos condicionamientos fácticos varían, cabe pensar lógicamente que el modelo jurídico también debe cambiar, requiriendo ciertas formas de complementación:

---

(1) Hart, CD, pág. 114.

(2) Esta condición será analizada detenidamente cuando exponga el problema del "contenido mínimo de Derecho Natural". Por ahora cabe decir que la hipótesis hartiana de la "sociedad simple" presupone una concepción - conservadora de la sociedad, pero, como ha señalado Gavazzi, "na, come ogni posizione conservatrice intelligente, lascia aperta la strada ad un riformismo accomodante: ed ecco intervenire i poteri e rimediare agli inconvenienti della società statica" (G. Gavazzi, "Norme primarie e norme secondarie", G. Giappichelli, ed., Turin, 1967, pp. 144-145). Por otro lado, es inevitable la referencia al "estado de naturaleza", concepto clásico del iusnaturalismo, si bien el modelo "simple" de Hart representa un estado más próximo a la sociedad civil que los modelos de Locke y Hobbes (Vid. A. Giovannelli, "Dottrina pura e teoria della costituzione in Kelsen", Dott. A Giuffrè Editore, Milán, 1979, págs. 183).

1) Las reglas que el grupo observa no forman un sistema; son simplemente un conjunto de pautas o criterios de conducta separados, sin ninguna características común identificatoria -excepto, claro está, el hecho de - que son reglas aceptadas por un grupo social determinado-. No existe procedimiento que determine la identidad y pertenencia de las normas, así como tampoco existe una autoridad que pueda reconocer oficialmente tales reglas. Porque, el procedimiento y el reconocimiento del texto o personas con autoridad, implican la existencia de reglas de un tipo diferentes a las reglas primarias de obligación; por tanto, Hart denomina a este defecto de la estructura social de reglas primarias, su falta de certeza.

2) El segundo defecto que Hart señala es el carácter estático de las reglas, es decir, la imposibilidad de un cambio y adaptación deliberada de las normas a las nuevas circunstancias sociales, adaptación y cambio que - presupone la existencia de reglas de un tipo diferentes a las reglas primarias de obligación.

3) El tercer defecto de esta estructura social simple es la ineficacia de la difusa presión social ejercida para hacer cumplir las reglas, es decir, la ausencia de un monopolio oficial de "sanciones", la ausencia de un órgano especial con facultades para determinar en forma definitiva, y con autoridad, el hecho de la violación.

La solución que Hart propone para superar estos tres defectos principales consiste en complementar las reglas primarias de obligación con reglas secundarias, complemento que es considerado como el paso necesario del mundo prejurídico al mundo jurídico: mientras las reglas primarias se ocupan de las acciones que los individuos deben o no hacer, las reglas secundarias especifican la manera en que las reglas primarias pueden ser verificadas - en forma concluyente, introducidas, eliminadas y modificadas determinando su violación de manera incontrovertible (1):

---

(1) De forma similar, el antropólogo Paul Bohannan se ha referido a la "reinstitutionalización de las normas", concepto que se acerca al modelo dualista de Hart de la coexistencia de normas primarias y secundarias; para Bohannan, el derecho está constituido por normas que son "reinstitutionalizadas", es decir, reformuladas de tal forma, que pueden ser aplicadas por ciertas instituciones designadas a tal efecto. V. Paul Bohannan, "The Differing Realms of Law, en "The Ethnography of Law", bajo la dirección de Laura Nader, nº especial de "American Anthropologist" LXVII (diciembre 1965), nº 6, parte II.

1) La falta de certeza queda superada por lo que Hart llama una "Regla de Reconocimiento", regla que especifica las condiciones y características de pertenencia de las normas al grupo del que forman parte, es decir, se trata de una regla para la identificación incontrovertible de las reglas primarias de obligación. En un sistema "prejurídico" tal regla podría estar determinada por la simple aceptación de un texto revestido de autoridad; Sin embargo, en los sistemas jurídicos modernos, las reglas de reconocimiento son más complejas: en lugar de identificar las reglas exclusivamente por referencia a un texto, lo hacen por referencia a alguna característica general poseída por las reglas primarias; esta característica puede deberse al hecho de haber sido sancionadas por un cuerpo específico, por su larga vigencia consuetudinaria, por su relación con las decisiones judiciales, etc. Todas estas características pueden formalizarse en previsión de un posible conflicto entre ellas, estructurándolas en un orden de superioridad jerárquica según el sistema de "fuentes" aceptado. Del conjunto inconexo de reglas primarias de obligación se ha pasado a un conjunto unificado de normas cuya identificación y pertenencia están determinadas: esto es, en definitiva, el origen del concepto hartiano de validez jurídica.

2) El remedio para la cualidad "estática" de las reglas primarias de obligación, es suministrado por la introducción de lo que Hart denomina "reglas de cambio", es decir, las reglas secundarias que posibilitan la creación y derogación de normas jurídicas por vía legislativa al facultar a un conjunto de personas el ejercicio de estas potestades, así como el procedimiento a ser seguido en la legislación. En el caso de que la única "fuente" sea la legislación —hecho improbable en un moderno sistema jurídico— las reglas de reconocimiento incorporarán una referencia a la legislación como única característica identificatoria de las reglas, aunque no es necesario que mencionen todos los detalles del procedimiento legislativo. Independientemente de este hecho, se puede afirmar que existe una conexión muy estrecha entre las reglas de cambio y las de reconocimiento. También es Obvio la semejanza estructural entre las reglas de cambio y las reglas que confieren a los individuos potestades para la creación de derechos y deberes jurídicos.

3) El remedio propuesto por Hart para superar la insuficiencia de la presión social difusa del régimen simple de reglas primarias, consiste en reglas secundarias que facultan a determinar, en forma revestida de autoridad, si en una ocasión particular se ha transgredido una regla primaria: - estas reglas son denominadas por Hart "reglas de adjudicación", reglas que no sólo identifican a los individuos que pueden juzgar, sino que también - determinan el procedimiento a seguir. Son reglas secundarias que confieren potestades jurisdiccionales y acuerdan un status especial a las declaraciones judiciales relativas a la transgresión de obligaciones.

Hart sostiene que la médula central de un sistema jurídico consiste - en una estructura que resulta de la combinación de las reglas primarias de obligación con las reglas secundarias de reconocimiento, cambio y adjudicación. Los conceptos jurídicos que interesan profesionalmente al jurista tales como los de obligación derecho subjetivo, validez, fuentes del Derecho, legislación, jurisdicción, y sanción, son explicitados mejor en términos de esta combinación de elementos, así como los conceptos límites de la teoría jurídica y política -Estado, autoridad, funcionario-. Para Hart, estos conceptos implican una referencia a lo que se ha llamado "punto de vista interno", es decir, el punto de vista de quienes no se limitan a registrar y - predecir la conducta que se adecúa a las reglas, sino de quienes usan, las reglas como criterios o pautas para valorar su conducta y la de los demás: bajo el modelo simple de las reglas primarias el punto de vista interno - se manifiesta en el uso de aquellas reglas como fundamento para la crítica y como justificación de las exigencias de conformidad, presión social y - castigo (así, los conceptos básicos de obligación y deber). Con el complemento de las reglas secundarias, el campo de lo que se hace y dice desde - el punto de vista interno se extiende y diversifica mucho, aparecen nuevos conceptos que reclaman una referencia al punto de vista interno: conceptos de jurisdicción, legislación, validez y potestades jurídicas- privadas y públicas-. El discurso científico, que enuncia hechos, o el discurso predictivo, sólo pueden reproducir el aspecto externo de tales nociones, aspecto que debe ser completado mediante el análisis interno de las diferentes maneras en que se producen los actos de creación jurídica del legislador, la "adjudicación" de un tribunal, al ejercicio de potestades privadas u oficia

les, y otros "actos jurídicos", análisis relacionado con las reglas secundarias. (1).

### B.1.2.3. Análisis crítico del modelo de Hart.

#### B.1.2.3.1. Introducción.

La estructura de los Ordenamientos jurídicos en base a dos modelos de reglas ha sido y es una distinción teórica generalizada en el ámbito de la teoría general del Derecho. Desde Ihering hasta Hart esta distinción dualista ha sido formulada desde distintos puntos de vista -temporal, funcional, jerárquico, lógico y estructural-, habiendo sido expresada con una gran variedad de términos - n. primarias y secundarias, n. de conducta y organización, n. de conducta y estructura, n. de conducta y de competencia, n. que imponen obligaciones y n. que confieren potestades, n. de comportamiento y n. sancionadoras, n. sustanciales y n. de procedimiento, n. de acción y n. de relación, etc. El distinto enfoque metodológico y la gran variedad terminológica oscurece a menudo el análisis estructural y funcional del Derecho.

En el anterior apartado he intentado presentar el modelo de normas primarias y secundarias formulado por Hart, modelo que supera la concepción -austiniana del Derecho como conjunto de órdenes coercitivas impuestas por el soberano. Sin embargo, el modelo de Hart presenta algunas ambigüedades a la hora de delimitar el carácter y la función de las reglas jurídicas, imprecisiones que trataré de analizar en este apartado.

#### B.1.2.3.2. Modelos jurídicos y sociales.

En primer lugar, creo que es necesario insistir en el hecho de que el modelo conceptual de Hart utilizado para explicar la estructura de los Orde

---

(1) Un punto de vista contrario lo mantiene R.Sartorius (op.cit., "The Concept...", p.178), para el que la distinción analítica entre punto de vista "interno" y "externo" es independiente de la distinción entre reglas primarias y secundarias.



namientos Jurídicos parte de la constatación de las deficiencias de una "estructura social simple", de un modelo de sociedad poco desarrollado en el que no existen instituciones y reglas capaces de identificar, modificar y hacer cumplir eficazmente el conjunto de normas que imponen obligaciones a los miembros del grupo social (1).

La función teórica de esta estructura social "prejurídica" le sirve a Hart para establecer una diferenciación conceptual con el modelo de una sociedad jurídicamente desarrollada; el "modelo simple" es constituido por Hart como un modelo cuyas características son tan ambiguas que no puede satisfacer las pretensiones de los antropólogos y sociólogos. Como el propio Hart afirma (2), han existido pocas sociedades que hayan carecido por completo de órdenes legislativos y jurisdiccionales y de sanciones centralmente organizadas (3). La hipótesis de la antropología decimonónica que partía

- 
- (1) Al comentar la obra de Hart dice Bobbio: "(Hart) parte de un análisis de las definiciones funcionales de los ordenamientos primitivos para llegar a una determinación del concepto de derecho —el ordenamiento jurídico se compone de normas primarias y secundarias— en la que el estructuralismo celebra sus propios triunfos". "Hacia una teoría funcional del Derecho", en A.A.V.V.: "Derecho, filosofía y lenguaje. Homenaje a Ambrosio L. Gioja", Buenos Aires, Astres, 1976, pp. 9-30, cit., p.9.
- (2) Hart, C.D., pág. 309.
- (3) Casi todos los antropólogos sociales coinciden en afirmar que todas las sociedades presuponen la existencia de ciertos mecanismos de control social; muchas veces, la calificación de estos mecanismos como jurídicos depende de los modelos o paradigmas empleados para su explicación. En este sentido, son interesantes los estudios clásicos de Malinowski "Crime and Custom in savage society", 1ª ed. inglesa 1926, hay trad. cast. en Ariel, 1956, "Crimen y costumbre en la sociedad salvaje", Llewellyn Hoebel. "The Cheyenne Way", 1941 (El título completo es "The Cheyenne Way: Conflict and case Law in Primitive Jurisprudence, Norman, Okla., University of Oklahoma Press, 1941). Evidentemente, Hart no es un antropólogo, aunque la obra de Malinowski le ha podido influir en algunos aspectos (por ejemplo, se puede observar cierta similitud entre el principio de "reciprocidad" de Malinowski y la regla de "reconocimiento" de Hart) Sobre este tema V. Levi-Strauss, "The Principle of Reciprocity", en "Sociological Theory", ed. L. Coser y B. Rosenberg, New York, Macmillan, 1957; A.W. Gouldner, "The Norm of Reciprocity", en "American Sociological Review", XXV (abril 1960), p. 161-178. Un excelente resumen de las opiniones de Malinowski sobre el derecho primitivo y las distintas definiciones del derecho lo expone I. Schapera en "Malinowski's Theories of Law", en la obra "Man and Culture" (1957) dirigida por R.W. Firth. El modelo simple de Hart no niega la posibilidad de que en las sociedades primitivas existan formas rudimentarias de actividad y jurisdiccional para la solución de las controversias planteadas; lo que Hart afirma es la inexistencia de un sistema de sanciones centralmente organizadas. En este sentido, es interesante la introducción de Evans-Pritchard a la obra "African Political Systems" (1940), "The Nuer".

de una situación original del hombre en la que carecía de instituciones ha quedado totalmente desfasada. El modelo simple que Hart presenta no hay que entenderlo como la generalización de un estudio antropológico, sino como - una pauta explicativa para comprender de una forma mas plausible las funciones de las reglas en los ordenamientos jurídicos desarrollados. Lo que sí se puede afirmar es que este "modelo simple" responde a una estructura social primitiva estática y estable, en la que no existen criterios que determinan las reglas que pertenecen a ese grupo social, ni reglas que proporcionen procedimientos para el posible cambio de los derechos y obligaciones, ni autoridades centralmente organizadas que monopolicen el uso de la fuerza (1).

Hart, por tanto, analiza el Derecho desde el punto de vista estructural (combinación de normas primarias y secundarias), institucional (instituciones sociales especializadas que crean, modifican aplican y hacen cumplir el Derecho) y funcional (funciones de reconocimiento, cambio y adjudicación) (2). A pesar del recelo de Hart por los sociólogos -recelo generalizado en los ambientes académicos de Oxford- y aunque su obra puede quedar enmarcada en la tradición de la teoría jurídica analítica ("Analytical Jurisprudence"), su concepción del Derecho puede ser considerada y aquí sigo sus propias palabras -como un "ensayo de sociología descriptiva" (3). En -

---

(1) La discusión de estos temas sería tan prolija como innecesaria en el ámbito de mi estudio sobre la obra de Hart. Un excelente resumen de las distintas doctrinas antropológicas sobre el Derecho en las estructuras sociales primitivas puede encontrarse en L.Mair. "An Introduction to Social Anthropology", Oxford University Press, 1966 (Hay trad. castellana, "Introducción a la antropología social", Alianza, Madrid, 1973, especialmente, v. págs. 112-159). El carácter estático de la estructura social compleja, hace incluir a Gavazzi el pensamiento de Hart dentro de una ideología conservadora y reformista (v.Gavazzi, op.cit., pág. 145.).

(2) Para Bobbio, en la obra de Hart, el análisis funcional y estructural van estrechamente unidos: el ordenamiento jurídico tiene esa estructura determinada porque elimina así las deficiencias funcionales de los ordenamientos primitivos. Dice Bobbio: "La estructura específica del ordenamiento jurídico cumple una específica función: asegurar certeza, movilidad y eficacia al sistema normativo. No obstante, lo que caracteriza a aquellos ordenamientos normativos que habitualmente calificamos de jurídicos es precisamente al modo como estan "estructurados" (op.lo, op. cit.).

(3) Hart CD, XI.

este sentido, creo interesante reproducir un cuadro comparativo sobre las distintas funciones del ordenamiento jurídico, esquema presentado por E.M. Schur en su obra "Law and Society. A Sociological View" (1); el esquema - trata de comparar tres conceptos funcionales del Derecho -Hart, Hoebel y - Parsons- de la siguiente forma (2):

<u>FUNCIONES GENERALES</u>	<u>HART</u>	<u>HOEBEL</u>	<u>PARSONS</u>
Criterios para la <u>deter</u> minación de las normas y definición de sus relaciones.	Normas de Re- conocimiento	Designación de la autoridad - que ejerce la coerción	Legitimación y jurisdicción.
Criterios para la <u>apli</u> cación de las normas	Normas de <u>ad</u> judicación.	Resolución de los casos conflictivos.	Sanción, in- terpretación y Jurisdicción
Criterios para la <u>modi</u> ficación del Derecho.	Normas de <u>Cam</u> bio.	Redefinición - de las relaciones y mantenimiento de la - flexibilidad.	Interpretación.

Para Hoebel, el Derecho cumple una serie de funciones esenciales para la conservación de la sociedad: 1) en primer lugar define las relaciones entre los miembros de la sociedad indicando los comportamientos permitidos y prohibidos, 2) atribuye la autoridad precisando cuales son los sujetos y - los objetos del ejercicio legítimo de la coerción, así como las sanciones apropiadas y eficaces 3) ofrece la resolución de los casos conflictivos del ordenamiento y 4) mantiene la capacidad de adecuación en función de los - cambios de las condiciones de vida mediante una redefinición de las relaciones entre los miembros de la sociedad. Estos rasgos esenciales también pueden ser encontrados en la obra de Hart, aunque con distinta terminología;

(1) Random House, New York, 1968.

(2) El esquema ha sido construido a partir de las siguientes obras: E. Adamson Hoebel "The Law of Primitive Man", Cambridge, Harvard University Press, 1954, cap. XI; T. Parsons, "The Law and Social Control", en "Law and Sociology: Exploratory Essays" dirigido por W.M. Even, New York Free Press, 1962; Hart, CD; obsérvese que se trata de un antropólogo, un filósofo del Derecho y un sociólogo.

existe un consenso teórico en el hecho de que un Ordenamiento Jurídico debe, como condición mínima, producir normas para la autorización y el reconocimiento de la autoridad legítima, ofrecer medios para resolver las controversias y dotar a la sociedad de una serie de mecanismos para facilitar las relaciones interpersonales y las acciones de adecuación a los cambios sociales. Por su lado, Parsons toma en consideración el Ordenamiento Jurídico para elaborar una teoría general funcional de los sistemas sociales: - para el sociólogo americano, las funciones principales de un Ordenamiento jurídico son integrativas, es decir, mitigan los elementos potencialmente conflictivos, facilitando el conjunto de las relaciones sociales. Según - Persons un sistema de normas eficaces y de instituciones especializadas debe cumplir cuatro funciones:

- a) legitimación (base para la obediencia a las normas)
- b) interpretación (determinación de la aplicabilidad de las normas a los casos singulares estableciendo derechos y deberes).
- c) sanción (determinación de las sanciones y de las condiciones de - su aplicación).
- d) jurisdicción (determinación de los órganos, procedimientos y objeto de las sanciones).

Para Hart, las normas primarias tienen, en principio, una prioridad - lógica, mayor importancia práctica y una anterioridad cronológica respecto a las normas secundarias. La sociedad simple o "primitiva" de Hart carece de normas secundarias ya que se trata de una sociedad notablemente integrada, unitaria, ligada a vínculos de parentesco, con sentimientos y creencias comunes en el ámbito de un entorno estable; el control social ejercido sobre los destinatarios (o sujetos pasivos) de las normas primarias es insuficiente; las normas primarias presuponen ciertos valores sociales como condiciones mínimas para la permanencia de unas relaciones sociales estables (limitación del uso indiscriminado de la violencia, el hurto y el engaño); y, - en último lugar, es necesario que aquellos que no aceptan las normas constituyen tan sólo una minoría desorganizada y difusa.

### B.1.2.3.3. Crítica de N. Bobbio.

Como ha dicho Bobbio (1), la distinción entre normas primarias y normas secundarias es una distinción habitualmente empleada tanto en la teoría general del Derecho como en las disciplinas jurídicas particulares. Sin embargo, existe una gran variedad en el uso de estos términos, según sean usados para describir una relación temporal, una relación funcional o una relación jerárquica. En la teoría general del Derecho se suelen llamar "primarias" a las normas que establecen qué se debe hacer o no hacer y "secundarias" a las normas que prevén una sanción en el caso de que la norma primaria sea violada, o, dicho de una forma más simple, la categoría de las normas secundarias comprende solamente las denominadas normas sobre la sanción dirigidas a los órganos judiciales (2). Esta distinción clásica se atribuye a Thering, quien distinguió normas de conducta dirigidas a los ciudadanos y normas sobre la sanción dirigidas a los jueces, considerando a estas últimas con una función mucho más importante que la prevista por las normas primarias. Así, es bien conocida la tesis de Kelsen (seguida por Ross) de que las verdaderas normas jurídicas son de un solo tipo, precisamente del tipo que en la teoría tradicional se habían denominado secundarias. Kelsen denominó a las normas de conducta: según la teoría tradicional la distinción entre normas primarias y secundarias indica solamente que existen normas precedentes y normas sucesivas en el tiempo; según la teoría Kelseniana, que considera la distinción bajo el punto de vista funcio-

- 
- (1) "Ancora sulle norme primaria e secondaria", Rivista di filosofia, LIX, nºI, 1968, págs. 35-53 (el artículo está recogido en "Studi per una teoria generale del diritto", Torino, G. Giappichelli, 1970, págs. 175-197; hay una versión francesa en "Nouvelles réflexions sur les normes primaires et secondaires", A.A.V.V. La regle de droit, Ch. Perelman, - Bruxelles, Bruylant, 1971, pág. 104-122: hay trad. castellana en N. Bobbio "Contribución a la Teoría del Derecho", ed. A. Ruiz Miguel, Fernan do Torres ed. Valencia, 1980.
- (2) Por ejemplo, V.A. Ross. "Directive and Norms", London, Routledge G. Kegan Paul, 1968, pág. 91. (hay trad. cast. de J. Hierro Sanchez-Pescador, "Lógica de las normas", Tecnos, Madrid, 1971, pág. 89).

nal, la relación está invertida, es decir, puesto que las normas temporalmente sucesivas según la teoría tradicional pasan a ser más importantes, se llaman primarias a las normas que en la teoría tradicional se llaman secundarias y viceversa.

Sin embargo, Hart sigue considerando primarias a las normas que imponen derechos y obligaciones (primarias desde un punto de vista cronológico y jerárquico) y secundarias al segundo tipo de normas: éstas son caracterizadas por Hart respecto su función —son introducidas para remediar la falta de certeza (normas de reconocimiento), la inmovilidad (normas de cambio) y la ineficiencia (normas de adjudicación) de un ordenamiento primitivo o prejurídico compuesto solo de normas primarias— y respecto a su contenido, ya que se caracterizan por el hecho de que no crean obligaciones, como las normas primarias, sino que atribuyen poderes o facultades; es decir, son "integradoras o subsidiarias respecto de las normas primarias" (1). Ahora bien, como ha señalado el mismo Bobbio, en un sistema jurídico evolucionado, tanto las normas de reconocimiento como las normas de cambio son jerárquicas superiores, correspondiéndoles por tanto, en base al criterio de la posición, el adjetivo de "primarias". Por tanto, parece que el criterio funcional se entrecruzaría con el jerárquico, causando de esta forma más confusión que claridad. Incluso se puede decir que en el ámbito de la misma relación jerárquica puede nacer una confusión terminológica: así sucede en Von Wright al introducir la distinción entre normas de primer grado y normas de segundo grado y al llamar a estas últimas normas de grado superior: "Yo entenderé aquí por normas de grado superior exclusivamente a las normas cuyo contenido son actos normativos" (2).

Así estas normas de grado superior son las normas superiores del sistema dinámico de Kelsen. En la terminología de Von Wright son superiores y de segundo grado; así pues, en el uso de Von Wright la relación entre norma superior primaria y norma inferior-secundaria está totalmente invertida.

---

(1) N. Bobbio "Normas primarias...", op.cit., p. 321.

(2) G. H. von Wright, "Norm and Action A. Logical Enquiry, London, Routledge & Kegan Paul, 1953, p. 190 (hay trad. cast. P. García Ferrero. Norma y acción (Una investigación lógica). Madrid, Tecnos, 1970, p. 196.).

Lo que caracteriza la distinción entre normas primarias y secundarias es la presencia de normas cuya existencia está justificada por el hecho de que se refieren a otras normas. Cuando Hart se plantea el problema de determinar qué con las normas secundarias, dice que "están en un nivel distinto del de las normas primarias, dado que son relativas a estas normas; esto - significa que, mientras las normas primarias se refieren a las acciones que los individuos deben hacer o no hacer, estas normas secundarias se refieren a las normas primarias mismas" (1). Estas normas de segundo grado son fundamentales para la elaboración de una teoría de los sistemas normativos. - Son metanormas que determinan los criterios de pertenencia de las normas - al sistema, institucionalizan la sanción (conservación del sistema) e institucionalizan la producción normativa (transformación del sistema) (2).

#### 8.1.2.3.4. Hart y la teoría liberal del Derecho.

F.A.Hayek, uno de los teóricos actuales más importantes del liberalismo, ha formulado una distinción entre normas de conducta y normas de organización para describir dos tipos de ordenamiento jurídico estatal: el Estado liberal y el Estado asistencial. La tesis de Hayek consiste en afirmar que el paso del Estado liberal al Estado asistencial ha sido acompañado por un aumento de normas de organización respecto de las normas de conducta (3).

---

(1) Hart.C.D., pág. 117.

(2) Dentro de la primera categoría, denominada por Hart normas de reconocimiento, Bobbio distingue tres tipos de normas: a) normas sobre las fuentes (normas que indican cuáles son los hechos o los actos a los que se atribuye el poder de producir normas pertenecientes al sistema; b) normas que establecen dentro de qué límites de espacio y de tiempo pueden considerarse pertenecientes al sistema de normas producidas por las - fuentes autorizadas (normas sobre la validez de las leyes en el tiempo y en el espacio) y c) normas sobre la interpretación y aplicación de las normas consideradas como pertenecientes al sistema en base a los criterios de las fuentes y de la validez espacial y temporal. Bobbio, "Normas primarias...", op.cit., pág. 325.

(3) F.A.Hayek, "The Principles of a Liberal Social Order", (II Politico". XXXI, 1966, pp.601-18; "Ordinamento giuridico e ordine sociale", II. Politico, XXXIII, 1968, pp.693-723. En castellano, para el tema aquí presentado, puede consultarse "Derecho, Legislación y libertad. Vol.1. - Normas y Orden", Unión Editorial S.A., Madrid, 1978 (el título original es "Law, Legislation and Liberty. Routledge and Kegan Paul Ltd, Londres 1973). Sobre la comparación de Hayek y Hart, V.Bobbio. "Dell'uso delle

En primer lugar las normas de conducta son para Hayek las normas propias - del Derecho privado, mientras que las normas de organización responden al modelo del Derecho público (1). En segundo lugar, las normas de conducta - son normas negativas a diferencia de las normas positivas de organización. En tercer lugar, Hayek contrapone un orden espontáneo a una organización artificial, correspondiendo esta distinción a las diferencias entre un Esta- do liberal y un Estado asistencial o "tendencialmente totalitario". Así, - se podría formular el siguiente esquema:

<u>Normas de conducta</u>	←————→	<u>Normas de organización</u>
-Normas de derecho privado.		-Normas de derecho público
-Normas negativas.		-Normas positivas.
-Estado liberal.		-Estado asistencial

Hayek defiende la tesis de que el progresivo aumento de las normas - de organización hace peligrar la estructura del Estado liberal, destrucción que lleva irremediablemente hacia el "totalitarismo". Es decir, para Hayek, la nueva estructuración del Estado intervencionista no representa una nueva forma de legitimación del Estado capitalista liberal, sino que se asemeja a la estructura de los Estados totalitarios. Creo que esta tesis es dema- siado débil y confusa, propio de un economista liberal que quiere retornar al viejo modelo de la "mano invisible". Ahora bien, lo que quiero hacer re saltar es un análisis comparativo del modelo de Hayek respecto del modelo - hartiano, siguiendo las pautas formuladas por Bobbio (2).

Cuando Hart habla de las normas primarias y secundarias, está haciendo referencia a dos tipos de ordenamiento social; por un lado, un modelo de - sociedad primitiva (normas primarias) y un modelo de sociedad evolucionada

---

cont.-grandi dicotomie nella teoria del diritto", Rivista Int. di fil. del dir.", XLVII, 1970, pp. 187-204 (ahora también en "Dalla struttura.. ..", pp. 123-144).

(1) Bobbio critica esta analogía en "Dell'uso...", pág. 125 ("Dalla stru- ttura...").

(2) V.Bobbio, "Dell'uso...", op.cit., págs. 130 y ss.



(normas secundarias). Cuando Hayek habla de las normas de conducta y de organización, hace referencia a un modelo de sociedad abierta (n. de conducta) y un modelo de sociedad cerrada (n. de organización). Esta dualidad conceptual -influída claramente por Popper -está en orden inverso, desde un punto valorativo, al modelo dualista presentado por Hart: la sociedad primitiva o "prejurídica" del modelo hartiano, sociedad en la que predominan normas primarias o de conducta, corresponde a la sociedad cerrada o tribal de Hayek, caracterizada por la prevalencia de normas de organización; de un modo inverso, la sociedad evolucionada o abierta de Hayek, caracterizada por la preeminencia de normas de conducta, corresponde en Hart al ordenamiento compuesto por normas secundarias. En palabras de Bobbio: "mentre per Hart lo sviluppo storico ideale procede secondo la direzione che va dalle norme primarie alle norme secondarie, per Hayek procede secondo el verso opposto che va dalle norme di organizzazione alle norme di condotta" (1).

Ahora bien independientemente de esta comparación general entre los diversos tipos de normas y los modelos de sociedad, es preciso hacer algunas matizaciones respecto de la pretendida equiparación entre normas de organización y normas secundarias. Es posible sostener que la categoría de normas de conducta (Hayek) coincide con las normas que imponen obligaciones (normas primarias de Hart) (2). Sin embargo, es mucho más discutible que el concepto de norma de organización coincida con el de norma secundaria; se puede afirmar que, si bien es cierto que Hart se sirve de la categoría de normas secundarias (normas que atribuyen poderes o facultades) para caracterizar el fenómeno de la organización del aparato estatal, también se sirve de esta categoría para explicar las normas que confieren facultades a los sujetos privados para estipular contratos, hacer testamentos o contraer matrimonio. Además, la atribución de un poder a determinadas insti-

---

(1) Bobbio, "Dell'uso...", op.cit., p. 131.

(2) También ésta identificación debería estar matizada, ya que Hayek utiliza un concepto muy limitado de normas de conducta, a saber, normas - que regulan una conducta negativa, sin observar la posibilidad de regulación de las conductas positivas.

tuciones normalmente viene acompañada por la imposición de la obligación de ejercitar ese poder dentro de unos límites determinados. Por tanto, la categoría hartiana de normas secundarias es un concepto diferente del concepto de normas de organización:

- a) las normas atributivas privadas no son parte del proceso formativo de una organización.
- b) la formación de una organización participa también de normas imperativas que en la concepción de Hart son normas primarias.
- c) las normas secundarias de Hart son de tres tipos (reconocimiento, cambio y adjudicación) mientras que las normas de organización cubren un área más reducida circunscrita a las instituciones legislativas, administrativas y judiciales, área cubierta por las normas de cambio y adjudicación.

El liberalismo clásico de Hayek dista mucho del liberalismo progresista de Hart. Una vez más se puede suscribir la tesis de Scarpelli: la instrumentalidad de los conceptos jurídicos comporta un condicionamiento ideológico de los mismos. Bajo el modelo de Hayek acerca de la estructura de los Ordenamientos jurídicos, subyace la vieja pretensión de retornar a un pasado superado por el propio modelo jurídico del capitalismo (1).

#### B.1.2.3.5. Hart y el concepto de Derecho de la teoría jurídica contemporánea. Cuadro comparativo.

Frente al problema característico de todo análisis funcional de la relación entre estructura y función, Hart explica la estructura del ordenamiento jurídico partiendo de la función. Por su parte, la teoría general del Derecho (kelsen) ha construido un proceso inverso: ha explicado la fun

---

(1) En definitiva, Hayek trata de volver al Estado liberal clásico de Kant, cuyas funciones protectoras y represivas han quedado desfasadas por la complejidad de las sociedades técnicas avanzadas. Sobre la tesis de U. Scarpelli, v. "Cos'è il positivismo giuridico", ed. di Comunità, Milan, 1965.

ción (el mantenimiento del orden y la paz) a partir de la estructura (el Derecho como ordenamiento de la fuerza) (1). Sin embargo, Hart, al definir - el concepto de Derecho como una estructura, no profundiza el concepto Kelseniano de la estructura jerárquica del Ordenamiento. Kelsen, al definir - el ordenamiento jurídico como un sistema normativo dinámico en el que las reglas se conectan mediante el modo en que son producidas, está construyendo escalonadamente el conjunto de reglas que forman parte de un Ordenamiento Jurídico. Hart, en cambio, al definir estructuralmente el Derecho como combinación de normas primarias y secundarias, está dejando de lado el clásico problema de la estructura jerárquica del Ordenamiento (debido, quizá, al peculiar sistema de fuentes del Derecho inglés).

La concepción de Kelsen acerca de las normas primarias y secundarias ha evolucionado a lo largo de su obra, especialmente desde la primera edición de su Teoría Pura (1930) hasta su segunda edición (1960). En este - sentido, conviene indicar que la crítica de Hart se dirige al primer Kelsen, olvidando su posterior evolución. En la primera edición de su Teoría Pura, Kelsen ofrece un esquema en el que la norma primaria viene definida como - aquella norma que establece una sanción (consecuencia de un ilícito jurídico), mientras que la norma secundaria es la norma que manda el comportamiento consistente en evitar la sanción (2). Para Kelsen, las "verdaderas" normas jurídicas son de un solo tipo que responde a la siguiente estructura: "Si A, es debe ser B" donde B indica la sanción civil o penal correspondientes al ilícito A". Las normas secundarias (que corresponden en la terminología de Hart a las normas primarias) no son realmente normas jurídi-

---

(1) Sobre este punto, vid. Bobbio: "Intorno all'analisi funzionale del diritto", Sociologia del diritto", II, 1975, pp. 1-25, artículo reimpresso en el libro "Dalla struttura alla funzione", Milano, 1977, con el título "L'analisi funzionale del diritto: tendenze e problemi" pp.89-123 (hay trad. cast. en op.cit., p.263-287). Vid también A. Catania "Argomenti per una teoria dell'ordinamento giuridico" Ed. Dott. E. Jovene, Nápoles, 1976, p.83 y 85 (cap. III: "Teoría dell'ordinamento giuridico e analisi funzionale del diritto").

(2) "Llamamos norma primaria a la que establece la relación entre el hecho ilícito y la sanción, y norma secundaria a la que prescribe la conducta que permite evitar la sanción", (Kelsen, Teoría Pura del Derecho, Eudeba, 1960, p.77).

cas para el primer Kelsen, ya que, o son fragmentos de la normas primarias, o están formuladas implícitamente en la estructura de las normas primarias (1). La teoría de Hart se contrapone a esta concepción, ya que, frente al reduccionismo Kelseniano de un solo tipo de normas, Hart pretende restaurar ambos tipos como característica esencial del concepto de Derecho (2).

Sin embargo, como ha observado Gavazzi (3), las normas secundarias - del primer Kelsen pueden dividirse en dos grandes categorías: por un lado, las normas secundarias que mandan la conducta contraria al ilícito (es decir, las normas primarias de Hart que imponen deberes y obligaciones); por otro lado, Kelsen habla de normas jurídicas que pueden establecer una autorización (poderes o facultades en Hart); la autorización, es decir, la atribución de un derecho subjetivo o de un poder, no es autónoma para Kelsen, sino que se configura como la condición positiva o negativa del ilícito. - Kelsen sobrevalora el carácter primario de la obligación jurídica frente - al carácter secundario de la autorización.

Segñala Gavazzi (4) que Kelsen, al diferenciar dos categorías de - normas secundarias (normas que mandan la conducta contraria al ilícito y - normas secundarias que autorizan), está distinguiendo las normas secunda- rias según su contenido: normas que atribuyen obligaciones y normas que - atribuyen poderes (autorizaciones). Así, las normas primarias de Hart co- rresponden al primer tipo de normas secundarias de Kelsen; de la misma for

---

(1) "...una regla de derecho secundaria es de hecho superflua, pues supone la existencia de una regla de derecho primaria, sin la cual no tendría ninguna significación jurídica, y esta regla de derecho primaria contiene todos los elementos necesarios para la descripción de la norma - jurídica completa" (Kelsen, Teoría Pura del Derecho, Eudeba, p.78).

(2) Un estudio completo de las distintas concepciones de Kelsen acerca de las normas primarias y secundarias puede verse en G.Gavazzi "Norme primarie e norme secondarie", Giappichelli, Torino, 1967, especialmente - pp.75-127. Vid. también A. Catania "Decisione e norma" Ed.Dott. E. Jovene, Nápoles, 1979, p.64 y ss. y G.Garcaterra, "Le norme costitutive", Milano, 1974, p.46 y ss. y 85 y ss.

(3) Gavazzi, "Norme primarie...", op.cit., p.90.

(4) Gavazzi, "Norme primarie...", op.cit., p.94. Sobre las diferentes concepciones del concepto de "norma secundaria" en Kelsen, vid. también, A. Catania, "Argomenti per una Teoria dell'ordinamento giuridico". Ed.Dott E.Jovene, Nápoles, 1976, p. 16 y ss; M.Losano, "Forme e realtà in Kelsen", op.cit.,

ma, las normas secundarias que autorizan del modelo Kelseniano, corresponden a "grosso modo" con las normas secundarias de Hart.

Desde el punto de vista funcional, las normas que autorizan consisten en el ámbito del Derecho privado, en un conjunto de reglas que hacen participar los diversos intereses en la producción de normas individuales; en el ámbito del Derecho público, estas normas cumplen la función de hacer participar, directa o indirectamente, al cuerpo electoral en la formación de las normas jurídicas generales. Así, se puede decir que estas normas son instrumentos para la creación del Derecho, constituyendo de esta forma cierta analogía con el planteamiento hartiano de las normas secundarias. Para los dos autores este tipo de normas son medios para la creación del Derecho.

Ahora bien, independientemente de estas analogías, el punto de partida (es decir, el concepto de norma primaria) es bien distinto: mientras que para Hart se trata de normas que regulen el comportamiento de los individuos, para Kelsen las normas primarias son las reglas que disponen las sanciones. Además, el concepto de norma secundaria en Kelsen es más amplio - que el formulado por Hart: aparte de las normas que autorizan, Kelsen introduce en esta categoría las normas que obligan abstenerse de la comisión del ilícito.

Es bien conocida la posterior evolución del pensamiento jurídico de Kelsen respecto al tema de la clasificación de las normas jurídicas, evolución que no pretendo analizar aquí ya que la reflexión crítica de Hart toma como modelo el "primer" Kelsen, sin tener en cuenta el desarrollo posterior de su obra (1). Sin embargo, creo interesante apuntar que en su "General Theory of Law and State" (2), Kelsen, si bien consolida una identidad sustancial con su obra anterior, introduce una importante innovación al establecer la distinción entre una concepción estática y una concepción dinámica del Ordenamiento Jurídico. Por otro lado, en la segunda edición de la Teoría Pura (3), Kelsen no habla de normas primarias y secundarias, sino -

---

(1) Prácticamente, la primera edición del "Concepto de Derecho" coincide - cronológicamente con la segunda edición de la Teoría Pura.

(2) Cambridge, 1945. Hay trad. cast. ya citada.

(3) "Reine Rechtslehre", zweite, vollständig neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Wien, 1960 (Hay trad. cast. del original alemán de R.J. Vernetgo, "Teoría Pura del Derecho", UNAM, México, 1979.)

de normas autónomas -normas que disponen una sanción, ya sea prescribiéndola o autorizándola -y normas no autónomas- normas que regulan el presupuesto de una sanción.

Pero retornemos a la clasificación de Hart. En primer lugar, creo interesante recordar que la teoría jurídica de Ihering definía al Derecho como el conjunto de las normas sometidas a la coacción vigente de un Estado. (1). Para Ihering, el Estado es la única fuente del Derecho es decir, la diferencia específica de la norma jurídica es la coacción estatal; los destinatarios de los imperativos jurídicos son los funcionarios públicos, sujetos que ejercitan el poder público de la coacción. Desde un punto de vista formal, las normas jurídicas que dirigen a los funcionarios públicos; su fuerza es obligatoria es primaria para la autoridad pública (jueces y funcionarios) y

- 
- (1) R.von Ihering, "Der Zweck im Recht", Leipzig 1877, 2ª ed. 1884, p.320, trad.cast.de Diego Abad de Santillán, Ed. Cajica, Puebla, México, 1961). Dentro de la tradición de la "Jurisprudencia analítica" es necesario - recordar la distinción de J.Austin entre derechos y deberes primarios y derechos y deberes secundarios: esos últimos previenen o reparan los daños producidos por la violación de los derechos y deberes primarios - ("Lectures on Jurisprudence". London, 1885). Una elaboración de la distinción austiniana es realizada por W.E.Hearn, "The theory of Legal Duties and Rights. An Introduction to Analytical Jurisprudence", Melbourne, 1883. El propio Austin pone en paralelo su distinción con la clásica de Bentham entre Derecho sustantivo (normas primarias) y Derecho instrumental (normas secundarias). Austin, op.cit., pág.762. Sin embargo, Holmes reduce todos los deberes jurídicos a deberes secundarios. Como ha - señalado Gavazzi (op.cit., pág.34 y ss) la Teoría analítica del Derecho se ha dirigido en dos direcciones respecto a este punto:
- a) por un lado, la consideración de los deberes primarios como deberes que conllevan una sanción, siendo los deberes secundarios tan sólo una forma más refinada y evolucionada jurídicamente del elemento sanción.
  - b) por otro lado, la concepción de los deberes primarios como mandatos puros o simples (elemento preceptivo de la norma) y los deberes secundarios como parte sancionadora del imperativo jurídico.
- La primera concepción ha sido prevalente en la teoría del Derecho anglosajona (tanto de la escuela austiniana-Holland, Markby, Salmond -como - de la no austiniana -Maine, Pollock, Harrison-), La ilustración más clara de la segunda postura la ofrece Holmes. Sobre este punto v. Gavazzi, op.cit., pág.34 y ss. Una crítica particularizada a la tesis de Holmes la ofrece Hart en "Il concetto di obbligo", "Rivista di filosofia", 1966, págs. 125-140.

secundaria para el ciudadano. En Ihering ya se puede observar una reconducción formal de las normas jurídicas a las normas sobre la sanción, reconducción que influiría posteriormente en la obra de Kelsen, Olivecrona y Ross. Para Olivecrona el Derecho regula el ejercicio de la fuerza (normas primarias) y establece reglas de conducta para los ciudadanos (normas secundarias) (1). Para Ross las normas jurídicas no son sancionadas por la fuerza, sino que conciernen a la aplicación de la fuerza: las normas jurídicas son directivas para el juez y órganos administrativos que regulan el ejercicio de la fuerza física (2).

Frente a la concepción normativista, estatalistay sancionadora de Ihering es curioso observar la posición contraria de una obra coetánea, "Rechtsnorm und subjektives Recht" (3) del célebre jurista alemán Augusto Thon. Si bien Thon acepta una concepción normativa del Derecho, rechaza el carácter estatalista y sancionador del mismo. Thon subraya el carácter autónomo del imperativo jurídico frente al concepto de sanción, concepción que es admitida parcialmente por Hart al subrayar la importancia de la conducta sometida a reglas en el análisis de los fenómenos sociales y jurídicos. Thon, en última instancia, absorbe el concepto de sanción en el concepto de imperativo - que manda o permite la sanción. En la línea doctrinal iniciada por Thon, es interesante a nuestros fines resaltar la obra de E. Allorio (4), quien tras establecer un dualismo entre deber y poder, le hace corresponder dos tipos de normas: en primer lugar, las normas de valoración jurídica (normas estáticas y sustantivas), "si risolvono in giudiziregole sul comportamento umano, stabilendo (o facendo cessare o modificando) doveri"; en segundo lugar, las normas sobre la producción jurídica, normas dinámico-instrumentales, - que manifiestan sus propiedades características "nel conferire (o far cessa

---

(1) Olivecrona, "El Derecho...", op.cit., pág. 128 y ss.

(2) Ross, "Sobre el Derecho...", op.cit., p.52.

(3) Weimar, 1878. Sobre la relación Ihering-Thon v.Gavazzi, op.cit. p.19 y ss.

(4) "L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale ed. Altri Studi", Milano, 1957.

re o modificare) poteri" (1). Esta división puede considerarse como un preludio de la posterior y más desarrollada división de Hart: esta pretensión de consonancia de ambas teorías se manifiesta al considerar el Ordenamiento Jurídico en su aspecto dinámico como un compuesto de normas sustantivas (Allorio) o primarias (Hart), que establecen e imponen deberes y obligaciones, y normas instrumentales (Allorio) o secundarias (Hart), que confieren poderes. En las dos concepciones las normas sobre la producción jurídica, es decir, las normas con las que el Ordenamiento Jurídico provee o la producción o a la modificación o conservación de otras normas, son normas que confieren poderes. Por tanto, el poder nace de normas y produce normas; la norma nace del poder y produce otros poderes. Como ha dicho Bobbio (2) "un ordenamiento jurídico puede ser visto en su estructura jerárquica como una sucesión de normas si lo consideramos de abajo arriba, es decir, desde el punto de vista de los asociados en su faceta de gobernados; y como una sucesión de poderes si lo consideramos de arriba abajo, desde el punto de vista de los mismos asociados en su faceta de gobernantes". Desde el punto de vista global, el Ordenamiento Jurídico es un conjunto relacionado de normas y poderes, de poderes que producen normas y de normas que a su vez dan vida a nuevos poderes. El paradigma clásico de la teoría normativa del Derecho (Kelsen) oscurece la relación norma-poder en el análisis de la estructura del Ordenamiento Jurídico. Hart pone mayor énfasis en esta relación; de su concepción se derivan dos escalas: por un lado, el conjunto de poderes que dan vida a nuevos poderes mediante normas, y, por otro lado, el conjunto de normas que crean otras normas mediante poderes. Como ha subrayado Bobbio, "... el problema del poder y el de la norma son las dos caras de una misma moneda" (3).

---

(1) E.Allorio, "L'Ordinamento giuridico...", p.27. La semejanza con Hart ha sido destacada por Gavazzi, op.cit., p.29 y N.Bobbio, "Sul principio di legittimità". Scritti in memoria di A.Falchi, Giuffrè, Milan, 1964, p.51-61; recogido en "Studi per una Teoria...", cit., p.79-92 (hay trad.-cast. "Contribución...", cit., p.307-316).

(2) Bobbio "Sobre el principio de legitimidad", op.cit. pág. 311.

(3) V.N.Bobbio "Sobre el principio...", op.cit., pág. 312. Una crítica del uso excesivo del término "power" en la obra de Hart puede verse en L.J. Cohen, "The Concept...", cit., pág. 397 y ss.



Como he señalado con anterioridad, las normas primarias en la terminología de Hart impone deberes, siendo normas independientes de los deseos de los destinatarios; las normas primarias crean deberes y obligaciones, es decir, comportamientos "debidos" o regulados independientemente de los deseos de sus propios titulares. Por su parte, las normas secundarias no imponen a los sujetos determinados comportamientos, sino ofrecen la posibilidad, poniendo a su disposición los instrumentos precisos, de llevar a cabo sus propios deseos. Mientras que las normas primarias imponen deberes, las normas secundarias atribuyen poderes (1):

- .-N.Primarias → deberes → orden apoyado por amenazas → deseos del soberano → se obedecen o desobedecen.
- .-N.Secundarias → poderes → idea de la autorización → deseos de los súbditos → se puede infringir (ilícito).

Cuando Hart se refiere a las normas secundarias como normas que confieren poderes, desde un punto de vista funcional y privado, está constituyendo un concepto de norma jurídica secundaria que asegura y garantiza el ámbito de la autonomía privada; es decir, las normas cumplen la función de satisf

---

(1) Hart considera que es impropio hablar de obediencia o desobediencia cuando nos referimos a reglas secundarias. El ejemplo que propone se refiere a la regla que regula la decisión de la mayoría en el procedimiento legislativo: si una medida obtiene en un cuerpo legislativo la mayoría de votos necesaria, siendo aprobada de esta forma, los sujetos que votaron a favor no han "obedecido" la regla que requiere que las decisiones sean tomadas por aquella mayoría, ni los que votaron en contra han obedecido o desobedecido esa regla; lo mismo puede decirse -dice Hart- "si la medida no llega a obtener la mayoría necesaria y por lo tanto no se aprueba norma alguna" (C.D.p.40). Creo que Gavazzi tiene razón al criticar el ejemplo de Hart: la violación de la regla sobre la mayoría no consiste en votar contra el procedimiento en discusión, ya que esta hipótesis presupone el respeto de la regla de la mayoría; la violación se produce cuando, tanto si se ha votado a favor o en contra, se pretende que la determinada medida o procedimientos debe considerarse aprobado -no habiendo conseguido la mayoría prescrita, o viceversa (debe considerarse no aprobado habiendo conseguido la mayoría prescrita). En los demás casos, se puede decir que todos han respetado -u obedecido- la regla de la mayoría (Gavazzi, op.cit., p.47). Independientemente de este punto, normalmente, las reglas que confieren poderes vienen acompañadas de reglas que prohíben; por ejemplo, como ha señalado el propio Hart, las normas que regulan la competencia del juez bajo pena de sanción en caso de exceso.

cer los deseos de los sujetos privados en sus relaciones jurídicas con los demás (1). Esta pauta explicativa es más difícil aplicarla a las normas que confieren potestades o poderes públicos, ya que, en primer lugar, se confieren poderes a determinados sujetos (autoridad pública), en función de determinados fines (intereses del poder político): el ejercicio de estos poderes implica la creación de obligaciones, no sólo dirigidas a los destinatarios de las normas, sino también a los propios funcionarios y poderes públicos.- Como se verá más adelante, los dos principales criterios para determinar la existencia de un Ordenamiento Jurídico según Hart son:

a) en primer lugar, que la generalidad de los ciudadanos obedezca las normas primarias -sin necesidad de adoptar el punto de vista interno- y b) en segundo lugar, que los funcionarios acepten efectivamente con criterios comunes y públicos del comportamiento oficial las normas secundarias de reconocimiento, de cambio y de adjudicación (2). El segundo criterio, que establece la relación entre los funcionarios y las normas secundarias, adopta el punto de vista interno por parte de los funcionarios: la norma es razón para su cumplimiento y para la crítica a los comportamientos desviados. Las normas secundarias, para funcionar como tales criterios, no sólo confieren potestades, sino que también imponen obligaciones, rompiendo esta forma el primer esquema de las normas secundarias.

Una dificultad semejante puede plantear la inclusión de las normas -permisivas dentro de la categoría de las normas secundarias. En principio, las normas permisivas pueden ser clasificadas como normas que atribuyen potestades -siguiendo la terminología de Hart- en tanto que son normas que autorizan la realización de determinadas acciones. Ahora bien, un análisis menos superficial de este tipo de normas, nos indica que, en realidad, las -normas permisivas que grantizan ciertas formas de libertad personal deben ser interpretadas y traducidas como normas que prohíben u obligan a no interfe-

---

(1) En este sentido habla Gavazzi de las normas secundarias que confieren -potestades privadas como una clase de supermercado donde cada uno puede escoger aquello que le resulta más cómodo, dentro del marco y respeto a ciertas reglas (Gavazzi, op.cit., págs. 48 y ss).

(2) Hart, C.D. p.249.

Hay que recordar una vez más que la distinción de Hart entre norma - primaria y secundaria está haciendo referencia a dos tipos de problemas: por un lado, una diferenciación respecto del tipo de la norma (normas que imponen obligaciones y normas que confieren poderes), y, por otro, una diferenciación en función del nivel de las normas (las normas secundarias son caracterizadas por el hecho de ser normas sobre normas). Desde el punto de vista del tipo o contenido de las normas, la tesis de Hart parece más amplia - y satisfactoria - aunque plantea problemas numerosos - que la solución consistente en decir que las normas secundarias son normas sancionadoras; además, - la idea del poder abarca también la idea de sanción - normas que confieren - poderes para sancionar -. Desde el punto de vista del nivel o grado de las - normas, creo que Hart no aporta nada a las tesis mantenidas por Kelsen; como dice Gavazzi (1). "La pluralità dei gradi è molto meglio rispecchiata dalla terminologia kelseniana superiore - inferiore che non da quella hartiana primario-secondario. En este sentido, es interesante la tesis de von Wright, - que trata de combinar ambos criterios : son normas superiores aquellas que tienen como contenido otra norma (un acto normativo), mientras que las normas de primer grado regulan actos no normativos. Para von Wright, una norma superior puede ser denominada de segundo grado si su contenido es una norma - de primer grado, y de tercer grado si su contenido es una norma de segundo grado, (2). Teniendo en cuenta todo lo que se ha dicho, podríamos presentar el siguiente cuadro comparativo:

HERING

Reconducción de las normas jurídicas a las normas sobre la sanción.

Norma Jurídica: primaria - (autoridad).  
secundaria (ciudadanos).

THON

Absorción del concepto de sanción en el - concepto de imperativo que manda o permite la sanción.

AUSTIN

Deberes → primarios (obligación)  
                    ↘ secundarios (sanción).

HOLMES

Reducción de los deberes primarios a los deberes secundarios (sanción).

KELSEN

1er. Kelsen:  
N.primaria (establece una sanción)  
N.secundaria (manda el comportamiento consistente en evitar la - sanción).

2º Kelsen:

Normas → autónomas  
                    ↘ no autónomas

BENTHAM

Derecho → sustantivo  
                    ↘ instrumental.

(1) Gavazzi, op.cit., pág. 149.

(2) G.H.von Wright "Norm and Action. A Logical Enquiry", London, 1963, pp.189 y ss (trad.castellana en Tecnos, ya citada). Una valoración positiva de la tesis de von Wright puede verse en Gavazzi, op.cit., p. 149 y 150.

OLIVECRONA

Normas:

primarias: reglas sobre la fuerza.

secundarias: reglas de conducta para los ciudadanos.

ROSS

Normas jurídicas:

son directivas para el juez y órganos administrativos para el ejercicio de la fuerza física - (normas de competencia).

VON WRIGHT

Norma superior

Norma de primer grado.

HAYEK

Normas de conducta

Normas de organización

HART

Normas primarias.

Normas secundarias.

8.1.2.3.6. Tipos normativos y funciones sociales del Derecho.

El concepto Kelseniano de norma como imperativo podría ser desglosado en cuatro conceptos principales.

- 1) las normas son standards de evaluación.
- 2) las normas guían el comportamiento humano.
- 3) las normas están apoyadas por razones standards para su cumplimiento (sanciones).
- 4) las normas están creadas por actos humanos.

Estas cuatro ideas pueden ser un buen punto de partida para intentar analizar el concepto hartiano de normas primarias como normas que imponen deberes (1). Hart ha estudiado y analizado con profundidad el concepto no jurídico de regla que impone deberes sociales, con el fin de precisar y matizar las características del lenguaje normativo (2); una regla social que impone deberes existe en un grupo social determinado si y solo si:

- 
- (1) En adelante, este concepto será denominado "D-normas", a diferencia de las normas que confieren poderes: "P-normas". La terminología es de Raz, "The Concept of a Legal System", Oxford, 1970, p. 147 y ss.
  - (2) Hart, C.D. pp 69 y ss. El tema es tratado ampliamente en el capítulo correspondiente de metodología, ya que el concepto social de obligación, - la diferenciación entre hábito y regla, el punto de vista interno y el concepto de aceptación, son temas todos ellos relacionados internamente, siendo ineficaz e inútil un estudio separado de ellos.

- 1) hay un comportamiento regular de su conducta prescrita.
- 2) existe una reacción crítica en caso de incumplimiento.
- 3) la crítica a las desviaciones es legítima y aceptada por la mayoría de los miembros del grupo social.
- 4) la existencia de 1), 2) y 3) es ampliamente conocida por el grupo social
- 5) existe una presión social importante ante las desviaciones.
- 6) la conducta prescrita está en conflicto con la conducta de la persona que tiene el deber (1).

Dentro de este contexto general de las reglas sociales que imponen deberes, sería necesario destacar tres rasgos de las seis características generales con el fin de comprender las D-normas: a) en primer lugar, el hecho - de la probabilidad de encontrar reacciones críticas ante los comportamientos desviados; b) los hechos que constituyen las razones para la realización del comportamiento debido dependen de la voluntariedad de la conducta humana; c) el hecho de comportamientos regulares por parte de los miembros del grupo social al que se dirige la regla, comportamientos considerados como reacciones críticas legítimas (2). Ahora bien, la característica fundamental de los Ordenamientos Jurídicos consiste en la organización de las sanciones, organización que difiere de las simples reacciones críticas en cuatro puntos principales:

- 
- (1) Un análisis crítico del concepto de "regla social" puede verse en J. Raz "Practical Reasons and Norms", Hutchinson University Library, London, - 1975, pp. 51 y ss. Raz enmarca la teoría de las normas de Hart dentro - de una concepción y análisis de las reglas como prácticas, concepción que supera a la teoría imperativa de las normas, aunque contienen -según Raz- tres principales defectos: a) no explica la estructura de las reglas que no son prácticas (por ejem. las reglas morales. b) no llega a distinguir entre reglas sociales y razones ampliamente - aceptadas. c) priva a las reglas de su carácter normativo.
  - (2) Así, dirá Raz: "The existence of every law depends on the existence of legal system to which it belongs, and the existence of legal systems depends on persistent and pervasive patterns of behaviour on the part of a large proportion of the population to which they apply" ("The Concept...", op. cit., pág. 150).

- 1) Las denominadas "reacciones críticas" o es un concepto mucho más amplio que las "sanciones", ya que éstas se dirigen a un número más limitado de acciones.
- 2) el Derecho garantiza mediante el monopolio del uso de la fuerza el cumplimiento de las sanciones.
- 3) la determinación jurídica de las sanciones es mucho más precisa que la vaguedad de las reglas que regulan las reacciones críticas de la sociedad.
- 4) la aplicación de las sanciones jurídicas está organizada en cuerpos especiales (tribunales, policía, funcionarios, etc.) ("law-applying organs").

Independientemente de la estructura de las normas que imponen deberes, pero relacionadas con ellas, todos los Ordenamientos Jurídicos contienen - normas que estipulan sanciones (S-normas), normas que hacen de la aplicación de una sanción un deber (DS-normas) y normas que sólo permiten la aplicación de una sanción (MS-normas). No todas las normas que imponen deberes (D-normas) tienen una correspondiente S-norma, ni toda DS-norma necesita estar apoyada por su correspondiente S-norma; además, una DS-norma puede prescribir una sanción para el caso de la violación de sí misma, así como para otras. Sin embargo, a pesar de todos los matices que diferencian distintas clases de normas, la función principal de los Ordenamientos Jurídicos, siguiendo - la concepción general de Hart, consiste en guir la conducta y someter a sancción los comportamientos desviados, función que no puede ser olvidada ni reducida a la mera estipulación o regulación de sanciones.

Las D-normas son un tipo determinado de normas prescriptivas; Bentham, Austin y Kelsen adoptaron una teoría imperativa de las normas ("toda norma es una norma imperativa"). Hart, no acepta la tesis de que toda norma prescrita es una norma imperativa, aunque guían la conducta humana de la misma forma como lo hacen las normas imperativas (1). Ahora bien, y como supera-

---

(1) Como dice Raz, "through the existence of certain standard reasons for - compliance with them". V.Raz, op.cit., pág. 157.

ción de la teoría imperativa, existe también, -dice Hart- un concepto de - normas que guían el comportamiento sin prescribir obligaciones y deberes. - Tales normas son, las que Hart ha denominado, normas secundarias, normas - que confieren poderes, P-normas: estas normas, si bien no imponen obligaciones, guían la conducta confiriendo a los individuos una serie de facilidades para la realización de sus deseos. Dentro de la amplia categoría de las P-normas, a lo largo de la obra de Hart se han ido incluyendo bajo este epígrafe diversas clases de reglas:

- 1) reglas que determinan las capacidades para ejercitar los poderes.
- 2) reglas que especifican las formas y el procedimiento para el ejercicio de los poderes.
- 3) reglas que delimitan la duración de la estructura de los derechos y deberes creados por el ejercicio de tales poderes.
- 4) reglas que especifican la materia-objeto sobre la que el legislador tiene potestad para legislar.
- 5) reglas que especifican la competencia e identidad de los miembros del poder legislativo.
- 6) reglas que especifican la forma y el procedimiento de la legislación (1).

Uno de los discípulos de Hart que con mayor intensidad y amplitud han criticado su obra, ha expuesto, de forma abreviada, una serie de puntos críticos respecto de la clasificación de las normas jurídicas en primarias y secundarias (2), que podría resumir comparativamente de la siguiente forma:

---

(1) Los núms. 5) y 6) son especificaciones de los núms. 1) y 2).

(2) Raz, "The Concept...", págs. 165, 166 y 167. Una valoración general de la obra de Raz y puede verse en la introducción a la ed. italiana "Il - concetto di sistema giuridico", Il Mulino, 1977, introducción de P. Comanducci pp. 7-23; también en "Materiali per una storia della cultura - giuridica", vol. VIII, 1/1978, Il Mulino, con el título "Joseph Raz e - la teoría generale del sistema giuridico", pp.359-421, por el mismo autor de la traducción italiana.

1) HART: Todas las normas de un Ordenamiento Jurídico son reglas primarias y secundarias.

RAZ: Aunque la D-normas y las P-normas son los únicos tipos de normas jurídicas, hay otros tipos de leyes que no son normas ("permission-garanting or M-laws") (1).

2) HART: La regla de reconocimiento es una regla secundaria.

RAZ: La regla de reconocimiento es una D-norma

3) HART: Las reglas secundarias son metanormas, normas acerca de las reglas primarias.

RAZ: Aunque las reglas secundarias tienen relaciones internas con las reglas primarias, "they are not about the", sino acerca del comportamiento humano que ellas guían, como las reglas primarias, aunque en una dirección indefinida.

4) HART: No se distingue entre P-normas (normas que confieren poderes) y PA-normas (normas que confieren poderes para regular la aplicación de ciertos derechos).

RAZ: Se distingue entre poderes legislativos y poderes regulativos (ejemplo de los primeros sería: un poder para realizar un contrato; ejemplo de los segundos sería el poder que transfiere la propiedad) (2).

5) HART: Las reglas de adjudicación son una clase de reglas secundarias.

RAZ: Las reglas de adjudicación son mejor comprendidas como una subclase de las reglas de cambio, y no como una clase de reglas secundarias.

El profesor Raz ha elaborado una teoría de las normas en su obra ya citada (3) que ofrece una especial atención a las normas que confieren poderes. Para Raz, existen fundamentalmente tres grandes categorías de normas (4):

---

(1) Un desarrollo de este tipo de leyes puede verse en Raz, op.cit., pp.172 y ss.

(2) Los poderes legislativos corresponden a las reglas constitutivas y los poderes regulativos a las reglas regulativas. Sobre este tema, v.J.Raz "Two concepts of rules" The Philosophical Review, 64 (1955). Sobre esta distinción D.N.Mc Cormick trata de construir una teoría del Derecho: "Law as Institutional Fact", Law Quarterly Review, 90 (1974), pág. 102.

(3) "Practical Reason and norms" op.cit.

(4) El propio Raz ha reconocido que no todas las reglas pertenecen exclusivamente a alguna de estas tres categorías. En su obra, "The Concept of a Legal System", op.cit., pp. 168-86, analiza la naturaleza de las reglas no normativas.



1) "mandatory-norma", que son consideradas como razones excluyentes y de primer orden para realizar una determinada acción.

2) "non-mandatory norms"; este tipo de normas se divide fundamentalmente en dos clases:

- a) normas permisivas.
- b) normas que confieren poderes.

Los "permisos", como la mayoría de los términos normativos, son usados en una gran variedad de contextos bajo un gran número de usos y acepciones (1). Aunque el tema de los "permisos" es una cuestión muy importante en el análisis de la teoría del razonamiento práctico, creo que debo centrar mi atención en el concepto de las normas que confieren poderes, por la importancia que tiene, no sólo en la obra de Hart, sino entre juristas y filósofos del Derecho: los poderes para hacer contratos y testamentos, para vender propiedades o votar en una elecciones, para legislar o para derogar leyes, son todos ellos clases de poderes jurídicos regulados por determinadas justificaciones.

Paralelamente a esta clasificación general de las normas, Raz habla de tres clases de reglas jurídicas (2).

---

(1) Un análisis detallado de los permisos como categorías normativas puede verse en J.Raz, "Practical Reason and Norms"; op.cit., pp.85-97, donde Raz distingue entre premisos implicados en normas (permisos fuertes), permisos implicados en la ausencia de normas contrarias (permisos débiles), y actos supererogatorios (acciones cuya ejecución es loable y su omisión no es condenable). Sobre estos temas, vid.: von Wright, "Norm and Action", op.cit., pp.85-9; C.E. Alchourron y E. Bulygin, "Normative Systems" (Springer-Verlag, Vienna and New York, 1971), pp. 119-25; S. Munzer, "Validity and Legal Conflicts", Yale Law Journal, 82 pp. 1140-1142. Una crítica de los puntos de vista de von Wright es llevada a cabo por A.Ross, "Directive and Norms", trad. castellana "Lógica de las normas", Tecnos, 1971, pp. 111 y ss, donde se discute la afirmación de von Wright de que "permiso" no puede definirse como negociación de obligación; von Wright, "Deontic Logic Revisited", Rechtsstheorie (1973), p. 37; J.O.Urmson, "Saints and Heroes", en Melden, A.I. (ed.), "Essays in Moral Philosophy" (Washington U.P.), 1958; J.Feinberg, "Supererogation and Rules", en "Doing and Deserving" (Princeton University Press, 1970); M.Stocker, "Supererogation and Duties", en N.Rescher (ed.), "Studies in Moral Philosophy", Blackwell, Oxford, 1968; D.A.J. Richards, "A theory of Reasons for Action", Oxford, cap. 11, (1971), J.Raz "Permissions and Supererogation", American Philosophical Quarterly (1975); G.R. Grice, "The Grounds of Moral Judgement", Cambridge, 1967, cap. 4.

(2) Raz, "Practical Reasons...", cit., pág. 144.

a) Reglas jurídicas que exigen la realización de una acción (o su omisión): estas reglas son razones para su realización (u omisión), y también constituyen razones excluyentes para no actuar bajo razones conflictivas - que no son ni normas jurídicas ni razones jurídicamente reconocidas. Esta categoría se corresponde con las normas primarias de Hart.

b) Reglas jurídicas permisivas consideradas por Raz como permisos excluyentes, es decir, permisos para realizar el acto normativo y permisos de segundo orden para no actuar bajo razones conflictivas que no son ni normas jurídicas ni razones jurídicamente reconocidas.

c) En tercer lugar, las reglas jurídicas que confieren poderes, reglas que pueden ser impuestas, a su vez, por un mandato, o autorizadas mediante un permiso.

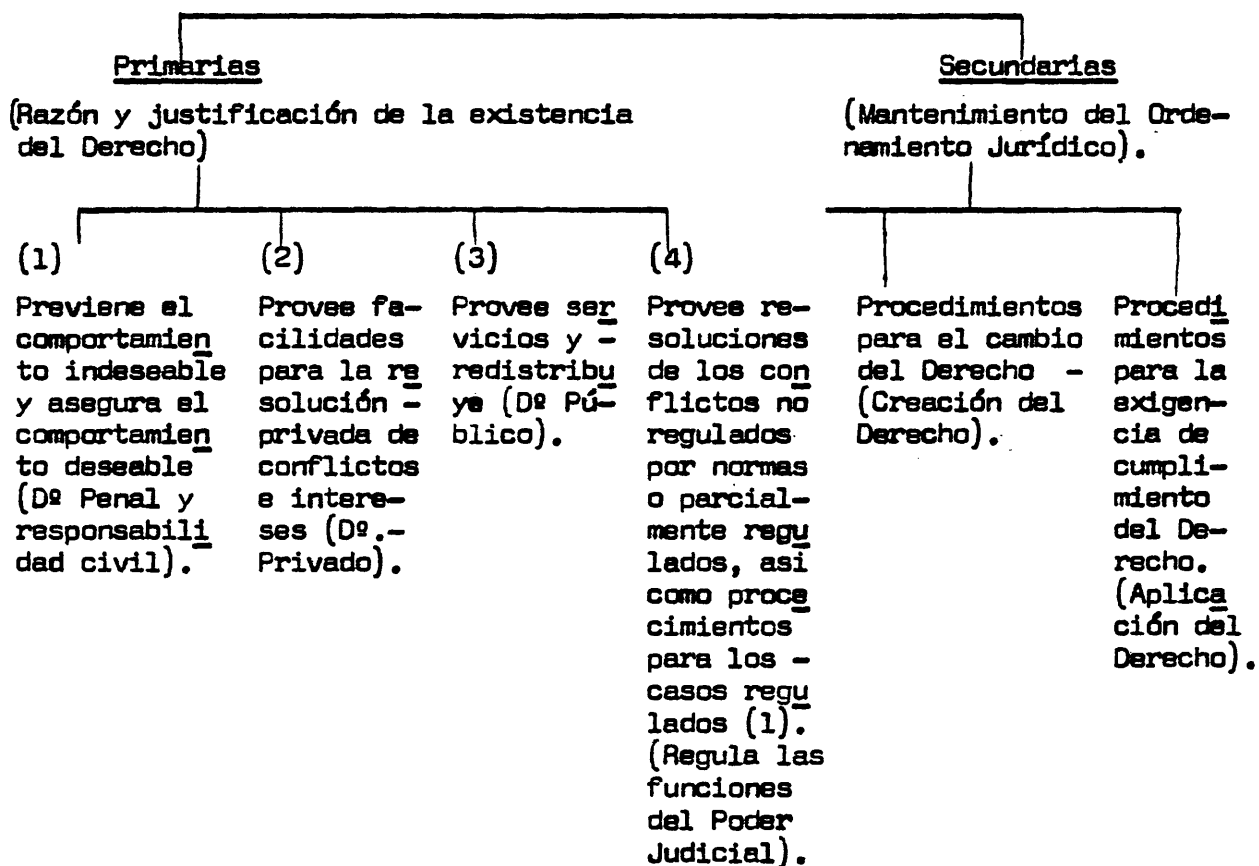
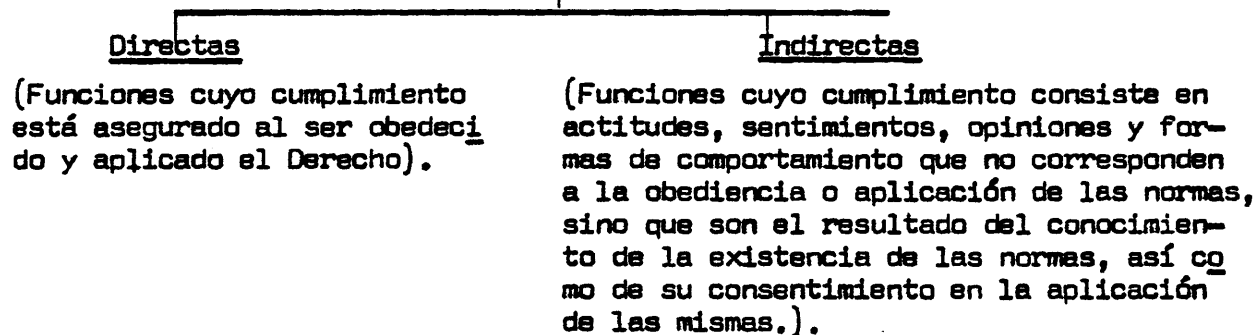
Distinto problema de la clasificación de las normas jurídicas en diferentes tipos normativos (problema que afecta a la estructura de los Ordenamientos Jurídicos) sería la cuestión de las funciones sociales del Derecho, cuestión ésta que, si bien está íntimamente relacionada con la diversidad de normas jurídicas -llegando incluso a la identificación tipo normativo-función social en el caso de Hart, interesa distinguir de la anterior. El carácter normativo de una norma jurídica es una cuestión concerniente a sus propiedades lógicas; es decir, está determinado por las implicaciones lógicas del enunciado que establece esa norma. Por otro lado, las funciones sociales del Derecho pueden quedar enmarcadas dentro de las consecuencias reales o intencionales que desde un punto de vista social tiene el Derecho (1). Uno de los defectos principales que se le han atribuido a Hart, consiste, precisamente, en no distinguir claramente entre tipos normativos y funciones sociales. En este sentido, creo que es interesante reproducir el esquema de las funciones sociales del Derecho elaborado por Raz para que, posteriormente, pueda señalar algunas de las dificultades teóricas que conlleva la distinción hartiana entre normas primarias y secundarias. Se podría resumir la concepción del profesor Raz en el siguiente cuadro esquemático (2):

---

(1) Sobre este tema, v.J.Raz, "On the Functions of Law", A.W.B. Simpson (ed.) Oxford Essays in Jurisprudence, 2 ed. series (Oxford, 1973), pp.278-304, reimpreso en J.Raz "The Authority of Law," Clarendon Press, Oxford, 1979, pp. 163-179.

(2) V.Raz, "The Authority...", pág. 176.

## FUNCIONES SOCIALES DEL DERECHO



(1) La distinción entre disputas o conflictos regulados o no regulados puede ser clasificada con la ayuda de tres modelos simplificados de diferentes tipos de sistemas normativos:

A.-Sistemas normativos que carecen de normas procedimentales para el arreglo de conflictos:

- a) no existen medios con autoridad para decidir casos regulados.
- b) habrá conflictos irregulables a causa de la vaguedad o inexistencia de normas.

B.-Sistemas normativos que institucionalizan autoridades para la resolución de conflictos, pero que no resuelven los casos ante la inexistencia de normas.

C.-Sistemas normativos que solamente institucionalizan órganos para la resolución de los conflictos y la regulación de los procesos. Los casos en conflicto no están regulados por normas.

Con relación a este tema, se podrían apuntar las siguientes notas:

1) Hart ha acentuado la importancia de la función primaria nº 1 (normas primarias), de la función primaria nº 2 y de las funciones secundarias (normas secundarias). Sin embargo, la tesis de Hart consiste en relacionar tipos de normas y funciones sociales, de forma que las reglas que imponen deberes llevan a cabo la primera función primaria, mientras que las reglas que confieren poderes ejecutan la segunda función primaria y las funciones secundarias. Esta correlación está demasiado simplificada, reduciendo la función social de las reglas jurídicas a un campo formalmente más limitado que la real proyección social de los distintos tipos de reglas jurídicas.

2) Al identificar Hart los tipos normativos y las funciones sociales, dentro de la categoría de normas secundarias está integrando diversas -y muy distintas entre sí- funciones sociales, como son por ejemplo, la facilitación en la creación privada de derechos subjetivos y la institucionalización de órganos que aplican el Derecho. Como ha señalado Raz, también oscurece el papel importante desempeñado por las normas que imponen deberes en la ejecución de las funciones secundarias (1).

3) En tercer lugar, cabe decir que la incorporación de la regla de reconocimiento entre las normas que confieren potestades, es muy discutible; tampoco resulta aceptable, a mi juicio, su catalogación como regla que impone deberes -opinión sustentada por Raz (2).

En definitiva, dice Raz: "All these confusions are caused by the fact that the classification of rules into primary and secondary is meant to serve two incompatible purposes. It is sometimes regarded as a distinction between normative types, sometimes as a distinction between social functions" (3).

---

(1) "The functions of Law", en op.cit., pág. 179.

(2) Raz sostiene que no todas las reglas secundarias son normas que confieren potestades, siendo, precisamente, la RR quien representa la excepción. La forma lógica de la RR sería: "All law -applying officials have a duty to apply all and only laws that satisfy the following criteria...". v. Raz, "The Identify of Legal Systems", en "The Authority of Law", op.cit., pág. 93.

(3) Raz, "The functions...", pág. 179.

La delimitación y clarificación de las funciones sociales de los distintos tipos normativos es una tarea tan importante para la teoría del Derecho como la propia clarificación conceptual de las distintas clases de reglas jurídicas.

## B.2.-IDENTIDAD Y EXISTENCIA DEL ORDENAMIENTO JURIDICO.

### B.2.1. El problema de la Unidad y la Regla de Reconocimiento

#### B.2.1.1. Introducción.

El problema de la identidad de un sistema jurídico se basa en el criterio o conjunto de criterios que determinan qué normas forman parte de un Ordenamiento jurídico y cuáles no; se trata de analizar, pues, los criterios de pertenencia de las normas a un Ordenamiento jurídico. Mientras que en Austin el criterio de pertenencia viene determinado por la promulgación -directa o indirecta- de las normas por parte del soberano, en Kelsen por la autorización de la norma básica del Ordenamiento, en Hart una norma forma parte de un Ordenamiento jurídico si y solo si debe ser reconocida según la Regla de Reconocimiento del Sistema. Tanto Austin, como Kelsen y Hart, no tratan de determinar la unidad material de los Ordenamientos jurídicos -unidad consistente en delimitar sus características distintivas dependientes del contenido y modo de aplicación de sus normas sino su unidad formal, es decir, su criterio de identidad (1).

#### B.2.1.2. Criterio de identidad en Kelsen. Teoría de la Norma Fundamental.

Partiendo de un concepto del Derecho como un orden normativo, Kelsen se pregunta por el fundamento de la unidad de este orden normativo, es decir, el fundamento de la validez de las normas jurídicas que forman parte de un Ordenamiento jurídico (2). Para Kelsen, el fundamento de validez de -

---

(1) Así dirá J.Raz: "They did not think that the unity of the system depends on the content or spirit of its laws, or on the traditions and practices of its most important legal institutions. Instead, they hoped to formulate a test that would enable them to determine whether any two laws belong to the same legal system or not". "The Identity of Legal Systems", California Law Review, 1971. Reproducido en "The Authority of Law", Oxford, 1979. págs. 78-102. págs. 79-80.

(2) Kelsen, "Teoría Pura del Derecho", op.cit., págs. 201 y ss.

una norma sólo puede encontrarse en la validez de otra norma, norma jerárquicamente superior. Ahora bien, la búsqueda del fundamento de validez de una norma no puede proseguir hasta el infinito. Tiene que concluir en una norma última: "Como norma suprema -dirá Kelsen- tiene que ser presupuesta, dado que no puede ser impuesta por una autoridad cuya competencia tendría que basarse en una norma aún superior"(1). Tal norma, no-positiva, presupuesta como norma suprema, será designada por Kelsen como "norma fundante básica", "norma fundamental" (Grundnorm). Así, una norma es válida si participa de la validez de la norma inmediata superior y en último término de la norma básica que es el fundamento común de la validez de todas las normas que pertenecen a un mismo ordenamiento. Una norma es válida si ha sido promulgada conforme al procedimiento y al contenido preestablecido por la norma superior (2).

La norma fundamental de Kelsen es, pues, básica y necesaria para explicar la unidad y la normatividad de los sistemas jurídicos. De la teoría de la norma fundamental podrían deducirse algunas consecuencias lógicas: (3).

a) La relación entre dos normas en la que una autoriza la creación de otra implica su pertenencia a un mismo ordenamiento jurídico.

---

(1) Kelsen, TDP, op.cit., pág. 212. Al llegar a preguntarse por el fundamento de validez de la constitución de un Estado, es decir, si se pregunta por el fundamento de validez de las normas que regulan la producción de normas generales -determinantes de los órganos y procedimientos por los que se deben producir normas generales se podrá llegar -siguiendo el rígido esquema de Kelsen- a una constitución más antigua, que, a su vez, nos remitirá, en última instancia, a una norma presupuesta que diga: - "uno debe comportarse como la constitución lo prescribe". Ahora bien, - el pensamiento de Kelsen sufre una evolución importante a partir de 1962; es sabido que Kelsen, a sus ochenta y tres años y tras medio siglo de polémica, reconoce que el concepto de Norma Fundamental es una ficción, y que en cierto modo está viciado de iusnaturalismo; sobre este último Kelsen, vid. A. Calsamiglia, "Kelsen y la crisis de la Ciencia Jurídica", op.cit., págs. 120 y ss.

(2) Cuando Kelsen habla de validez se refiere a dos conceptos distintos: o bien se refiere al modo de existencia específica de una norma jurídica, o bien se refiere a que la norma ha sido dictada legalmente. Sobre esta ambigüedad, v. A. Calsamiglia, "Kelsen y la crisis de la Ciencia jurídica", ed. Ariel, 1978, págs. 126 y 127.

(3) V. Raz, "Kelsen theory of the basic norm", the American journal of jurisprudence, 1974, pág. 95. Reimpreso en la obra citada anteriormente de - J. Raz.

b) Todas las normas de un sistema jurídico están autorizadas, directa o indirectamente por una norma; este enunciado no representa una generalización empírica sino una necesidad lógica: sólo la norma fundamental puede explicar la normatividad y la unidad del Derecho.

c) Del "es" no se puede deducir lógicamente el "debe": la fundamentación de las normas jurídicas tan sólo puede encontrarse en otras normas, - que mediante unas cadenas de validez, nos remiten a la norma básica (1). - Todas las normas que pertenezcan a una cadena de validez son parte de un único sistema jurídico.

#### 8.2.1.3. Criterio de identidad en Austin.

Austin, como hemos visto con anterioridad, define al Derecho como el mandato general de un soberano a sus súbditos. De la segunda parte de esta definición podemos derivar su criterio de identidad y pertenencia: un sistema jurídico contiene todas y sólo las normas dictadas por una persona (soberano) o cuerpo de personas; el criterio de pertenencia de una norma a un sistema jurídico deriva, pues, de su promulgación directa o indirecta por parte del soberano, cuyo fundamento de validez no deriva de ninguna norma lógicamente propuesta, sino de la condición de "obediencia habitual" (2).

Así, el criterio identificador para Austin está determinado por el origen de las normas, siendo éste el conjunto de hechos que traen como consecuencia la existencia de las normas. Este principio tiene tres características principales:

- 1) El origen de cada norma incluye un acto de legislación; es decir, según Austin, el comportamiento deliberado que expresa el deseo de que algunas personas se comporten de determinada forma.

---

(1) Sobre el concepto Kelseniano de "cadenas de validez" v. J. Raz, "The Concept of a Legal System", Oxford, 1970, pp. 97-9.

(2) V. supra capítulo destinado a Austin (A.4.1.4.).



- 2) El origen último de cada norma es un acto legislativo de una persona o cuerpo de personas. Todas las normas tienen una última fuente (o legislador).
- 3) La existencia continua de la última fuente es una condición necesaria para la existencia de las normas del sistema; esta última fuente es un soberano jerárquicamente superior con respecto al ordenamiento jurídico, y jurídicamente ilimitado.

Para Austin, pues, la validez de una norma depende de que haya sido dictada por la autoridad y de acuerdo con el procedimiento correspondiente (1). La cadena de validez no es infinita sino que termina en una primera norma del sistema. La autoridad que dicta esta primera norma es el soberano. Si nos preguntamos acerca de la norma que confiere autoridad al soberano para dictar la primera norma del sistema, encontramos en Austin dos maneras de adquirir derechos legislativos: por los hechos —el poder supremo limitado por el derecho positivo es una contradicción "in terminis" —o en virtud de una ley. Para Austin, en definitiva, a diferencia de Kelsen, el fundamento último de validez no es una norma supuesta, sino la voluntad del soberano —acerca de cuya competencia no tiene sentido preguntarse por quien ha sido conferida.

#### B.2.1.4. Criterio de identidad en Hart: concepto de Regla de Reconocimiento

##### B.2.1.4.1. Análisis crítico del concepto.

Uno de los primeros enfoques teóricos del concepto de Regla de Reconocimiento, es llevado a cabo por Hart en el ámbito de su análisis de la teoría Kelseniana de la unidad del Derecho. En este contexto, según Hart, los criterios más importantes para la identificación de las normas pueden reducirse a dos:

- a) en primer lugar, la identificación por su contenido.

---

(1) El concepto de cadena de validez puede ser aplicado a la teoría de Austin. V. Raz "The Concept of a Legal System", Oxford, 1973, pp.99.

- b) en segundo lugar, la identificación por la referencia a sus autores, forma de promulgación y fecha.

Estos dos modos son señalados por Hart como formas diferentes de identificación (1) e individuación de las normas jurídicas. Hart muestra como - las normas que confieren poderes o potestades para legislar a grupos o personas son normas representativas de una relación de validez: relación entre el contenido de aquellas normas que se proponen validar otras normas u operaciones de creación normativa y estas mismas normas u operaciones. Como vimos con anterioridad, la mera correspondencia entre la norma que confiere la potestad de legislar y las normas promulgadas no es suficiente para demostrar su validez (2). Para Hart, el criterio de la validez, es el que los tribunales o las instituciones "agencias" jurídicas del territorio afectado reconocen como tal. Del criterio de identificación e individuación por el contenido (relación de validez que podemos encontrar en Kelsen), Hart procede a una identificación del Derecho, atendiendo a sus autores y a su modo de creación. Del contenido de las normas hemos girado nuestra atención a otro tipo de elementos como factores de individuación y de reconocimiento de la validez.

Para Hart, al preguntarnos si dos normas pertenecen al mismo sistema o a diferentes sistemas, no podemos usar como criterio de pertenencia el hecho de que una de ellas derive su validez de la otra (cadena de validez). - Hasta que la pregunta de la pertenencia no se resuelva por el criterio o test del reconocimiento por parte de los tribunales e instituciones que crean y aplican el Derecho, no se puede discutir si una de las normas deriva su validez jerárquica no determina la pertenencia de dos normas a un mismo sistema; hace falta el reconocimiento por parte de los tribunales y demás instituciones de ciertas normas como razones para el reconocimiento de normas promulgadas de acuerdo con las primeras. Sólo entonces se podrá hablar de que las últimas normas derivan su validez de las primeras.

---

(1) Hart, "Kelsen's doctrine of the Unity of Law", op.cit., pág. 192.

(2) Hart, "Kelsen's doctrine of the Unity of Law": "...laws made by X actually do derive their validity from the law purporting to confer upon X to make laws", pág. 192.

Como hemos dicho anteriormente, la norma fundamental es, para Kelsen, la razón de validez de la constitución, una hipótesis lógica que reconduce a la unidad todas las normas de un Ordenamiento Jurídico. Hart, como hemos expuesto, en una primera aproximación al concepto de Norma de Reconocimiento, diferencia el propósito de validación (una norma jurídica deriva de otra norma, jerárquicamente superior) de la razón de validez, siendo necesario su "test de reconocimiento" para la determinación de la pertenencia de las normas a un único sistema jurídico. La presuposición de la Norma Fundamental no explica la validez de las normas jurídicas, ni su pertenencia a un único sistema jurídico (1)

La noción de "reconocimiento" requiere -siguiendo a Hart- una serie de matizaciones: (2):

1) el reconocimiento se lleva a cabo por instituciones que identifican y hacen cumplir el Derecho: se trata de un problema fáctico y social - que depende de la organización e identificación de las normas jurídicas por parte de tales instituciones que variarán según los modos de racionalización jurídica de las diversas formaciones sociales.

2) este reconocimiento "empírico" no implica que la norma "a reconocer" sea aplicada realmente por los tribunales en un caso determinado (3). Una interpretación amplia de la idea de reconocimiento incluye las reglas que los tribunales aplicarían, así como las que realmente aplican.

3) El elemento extranjero del Derecho Internacional privado, puede plantear problemas en la formulación del "test de reconocimiento". Para Hart, -

---

(1) Esta tesis fué analizada al exponer la revisión crítica de Hart de algunos aspectos de la obra de Kelsen.

(2) Hart, "Kelsen Doctrine of the Unity of Law", op.cit., págs. 194 y 195.- Una concepción de la idea del "reconocimiento" como concepto útil para - evitar la utilización del "evanescente" sentimiento de obligatoriedad, puede verse en A. Catania, "Decisione e norme", Napoli, 1979, cap. III. (pp.93-133), donde el autor diferencia claramente el concepto hartiano, de la teoría psicologista del Derecho expuesta por E.R. Bierling en su - "Juristische Prinzipienlehre", Freiburg-Leipzig, 1894, rist. 1961, vol.I pp.19 y 41 y ss.

(3) Tal concepción estaría más cercana de la Teoría del realismo jurídico - norteamericano; por ejemplo, vid. Gray, "The Nature and Sources of the Law", Beason Press, Boston, 2 nd. ed., 1963.

"...laws of one country that are recognized and applied by the courts of another country belong to the legal system of the latter country as well as of the former" (1). Ahora bien, quizá el lenguaje empleado sea un poco confuso al decir que la misma regla es aplicada por tribunales de distintos sistemas. En un intento de clasificación, Hart diferencia entre el tipo de reconocimiento que los tribunales dan a las normas jurídicas extranjeras y el reconocimiento que debe ser usado como criterio de pertenencia: así, podremos decir siguiendo a Hart, que en los casos donde aparezca la existencia de un elemento extranjero, no se aplica el Derecho extranjero (criterio a seguir en el caso de una interpretación formal de la validez) sino que aplicamos el propio Derecho interno con un contenido similar al contenido del Derecho extranjero que se reconoce (2).

Después de esta primera aproximación al concepto de Norma de Reconocimiento, es necesario desarrollar este concepto y detenernos en el análisis que Hart lleva a cabo en su obra posterior.

Una de las tesis fundamentales de la teoría del Derecho de Hart -por no decir la más importante- expuesta en su principal obra, "The Concept of Law", es la tesis que intenta superar la concepción austriana del fundamento último del sistema jurídico (basada, como hemos visto, en un hábito general de obediencia a un soberano jurídicamente ilimitado). La tesis de Hart acerca del fundamento último de un sistema jurídico se basa en una regla última de Reconocimiento que establece criterios dotados de autoridad para la identificación de las reglas válidas del ordenamiento jurídico (3). "Se trata -dice Hart- de una situación social más compleja- que la expresada por Austin -en la que se acepta y se utiliza una regla secundaria de reconoci-

---

(1) Hart, op.cit., pág. 196.

(2) Hart, op.cit., pág. 196. Hart habla de un reconocimiento "original" y "derivativo", distinción que -como el propio Hart indica- necesita una elaboración más detallada.

(3) El tema de la Norma de Reconocimiento es desarrollado por Hart en "The Concept of Law", págs. 97-120; 245-248, Clarendon Law Series, O.U.P. - (novena reimpresión de 1978); en la trad. castellana, págs. 125-155 y 310 y 315.

miento para la identificación de reglas primarias de obligación" (1). Se manifiesta en la práctica general de los funcionarios o de los particulares al identificar las reglas primarias de obligación mediante criterios determinados que pueden asumir las más variadas formas (textos revestidos de autoridad, sanción legislativa, práctica consuetudinaria, precedentes judiciales, declaraciones generales de personas legitimadas, etc.). La complejidad y variedad de estos criterios depende de la propia complejidad del sistema de fuentes de los sistemas jurídicos modernos, en un orden de subordinación y primacías relativas.

La regla de Reconocimiento, tal y como es explicada por Hart, no implica una formulación expresa de la misma; su existencia radica en prácticas sociales, en la manera en que las reglas primarias de obligación son identificadas por tribunales, funcionarios, súbditos o consejeros (en definitiva, son decisiones dotadas de autoridad sobre las que se puede no estar de acuerdo (2).

Las reglas de Reconocimiento son usadas para identificar reglas particulares del sistema, expresado un lenguaje característico del "punto de vista interno", a diferencia del "punto de vista externo" que simplemente men-

---

(1) Hart reconoce que los criterios de identificación del Derecho son múltiples, incluyendo normalmente una constitución escrita, la sanción por una legislatura y los precedentes judiciales. Vid. "The Concept...", pg. 98 (traducción p. 126). Ahora bien, hay que distinguir entre este tipo de subordinación y la derivación, ya que la primera no implica la segunda y una identificación de las dos llevaría a confusiones. Por ejemplo, en Inglaterra, si bien el Common Law está subordinado a la legislación -ya que las reglas consuetudinarias y las reglas del common law pueden verse privadas de su status de Derecho por una ley, ellas no deben su status jurídico al ejercicio tácito de la potestad legislativa, sino a la aceptación de una regla de reconocimiento que les fija ese lugar independiente aunque subordinado.

(2) Hart, op.cit., págs. 98 y 99 (trad. pág. 127). Hart asemeja el concepto de regla de reconocimiento con la regla de tanteo de un juego; esta regla no se menciona, se usa por las autoridades y los jugadores "in identifying the particular phases which count towards winning".

cionaría -y no usaría- este tipo de reglas (1). El punto de vista interno - ("El Derecho dispone que...") implica una aceptación compartida de las reglas en cuanto guías orientadoras. Las reglas se aceptan como pauta y modelo crítico de las conductas. El punto de vista externo no implica tal aceptación porque es el lenguaje natural de un observador externo del sistema que, sin aceptar su regla de reconocimiento, enuncia el hecho de que otros la aceptan. Por ejemplo, "En España se reconoce como Derecho..." es un enunciado que corresponde al punto de vista externo. En cambio, el punto de vista interno - es usado con naturalidad por quien, aceptando la regla de reconocimiento y sin enunciar el hecho de que ella es aceptada, la aplica al reconocer como válida alguna regla particular del sistema (2).

Una de las características que Hart atribuye a la regla de Reconocimiento es, su calificación de regla última (esto no supone ningún tipo de paralelismo con la teoría austiniana de la potestad legislativa soberana) - que implica un criterio supremo de validez jurídica (3). Veamos estas dos características:

---

(1) Esta distinción fundamental en el análisis de la obra de Hart creo que ha sido suficientemente analizada en el capítulo de la Metodología. La distinción conceptual entre punto de vista interno y externo tiene su distinción lógica correlativa entre "uso" y "mención" y, según criterios de ciertos autores, su distinción jurídica correlativa entre "normativismo" y "realismo". Vid., sobre este último punto, G.Lumia, "Controllo sociale giurisdizione e Libertà", Giuffrè, 1971, pág. 50 y 51. Así, dice Lumia: "Nella concezione dello Hart normativismo e realismo giuridico - si presentano come posizioni complementari piuttosto che contraddittorie: il normativismo guarda infatti al fenomeno giuridico dal punto di vista interno di chi accetta la norma come modello del suo comportamento, il realismo esprime il punto di vista esterno di chi osserva l'uniformità dei comportamenti e ne trae la conclusione che essa risponde ad un certo sentimento di obbligo". Lumia, más adelante, establece una relación entre punto de vista externo y "normalidad" de los s. jurídicos (uniformidad de comportamientos previsibles) y punto de vista interno y "normatividad" (reconocimiento de la obligatoriedad de ciertos comportamientos).

(2) Hart, op.cit., pág. 99 (traducción. pág. 128).

(3) Considero a los criterios de validez jurídica como fuentes del Derecho.

- a) Un criterio es supremo -es decir, una fuente del Derecho es suprema o superior -"si las reglas identificadas por referencia a él son reconocidas como reglas del sistema, aún cuando contradigan reglas identificadas por referencia a los otros criterios, mientras que - las reglas identificadas por referencia a los últimos no son reconocidos si contradicen las reglas identificadas por referencia al criterio supremo" (1). La supremacía de un criterio no se identifica con la ilimitación jurídica de la potestad legislativa soberana, tal y como ha sido formulada por Austin. Sin embargo -como dice el propio Hart- es fácil confundir "supremo" e "ilimitado", por lo menos en la Teoría del Derecho.
- b) el decir que la regla de Reconocimiento es la regla última de un sistema significa que, si bien proporciona criterios para la determinación de la validez de otras reglas, no está sometida a criterios de validez jurídica establecidos por otras reglas (2).

Por lo tanto, una norma particular es válida si satisface los criterios determinados por la Regla de Reconocimiento: este enunciado que determina - la validez de una regla es distinto al enunciado que sostiene que esta última regla es usada en un determinado Ordenamiento jurídico por los Tribunales, funcionarios y particulares. De un enunciado interno (que expresa el criterio de validez) hemos pasado a un enunciado externo de hecho, enunciado que un observador podría hacer aunque no aceptara el sistema. El enunciado interno de validez implica una aceptación compartida de las reglas en cuanto pauta y modelo crítico de las conductas. El enunciado externo no implica tal aceptación porque es el lenguaje de un observador externo del sistema que, sin aceptar su regla de Reconocimiento, enuncia el hecho de que otros la aceptan. Distinto también del enunciado interno de validez sería el enunciado - que afirmara las excelencias de la regla de reconocimiento del sistema, ya

---

(1) Hart, C.D., pág. 132 (v.o. 103).

(2) Desde el punto de vista del Ordenamiento jurídico Inglés, tal regla podría ser formulada de la siguiente forma: "Lo que la Reina en Parlamento sanciona es derecho".

que en este caso, habríamos pasado de un enunciado de validez jurídica a un juicio de valor.

Al decir que una Regla de Reconocimiento es una regla última, algunos autores -por ejemplo, Kelsen- han afirmado que su propia validez, al no poder ser demostrada, se da por admitida como simple presuposición lógica (1). Hart cree que este planteamiento es equívoco, y trata de esclarecer el carácter de las cuestiones presupuestas de los enunciados de validez jurídica (2):

- 1) en primer lugar, cuando un determinado sujeto afirma un enunciado de validez jurídica -es decir, cuando afirma la validez de una determinada regla de derecho -usa una Regla de Reconocimiento que - acepta como adecuada para identificar el Derecho.
- 2) en segundo lugar, existe otro tipo de presuposición: el hecho -y - subrayo esta palabra- de la aceptación y uso efectivo de esta regla de reconocimiento en el funcionamiento general del sistema.

Estos dos tipos de presuposiciones son bien descritos diciendo que se da por admitida una validez que no puede ser demostrada. La palabra "validez" es usada por Hart para resolver cuestiones que surgen dentro de un ordenamiento jurídico, o más ampliamente, dentro de un sistema de reglas, "donde el status de una regla como miembro del sistema depende de que satisfaga ciertos criterios suministrados por la regla de reconocimiento" (3). Por - tanto, no puede cuestionarse -no tiene sentido preguntarse- la validez de la propia Regla de Reconocimiento que proporciona los criterios de identidad y pertenencia de las reglas jurídicas. Concluye Hart diciendo: "ella (la Regla de Reconocimiento) no puede ser válida ni inválida, simplemente se la acepta como adecuada para ser usada de esta manera" (4).

---

(1) Vid. Kelsen, TPD, op.cit., pgs. 211 y ss.

(2) Hart, op.cit., p. 135 (v.o. p. 106)

(3) Hart, op.cit., pág. 135 (v.o. p. 106).

(4) Hart, op.cit., p. 135 (v.o. p. 106). El expresar el enunciado acerca de la inadecuación del planteamiento validez/invalidéz de la Regla de Reconocimiento no puede ser explicado diciendo que la validez de la Regla de Reconocimiento se da por admitida pero no puede ser demostrada. Hart pone un ejemplo: seguir la tesis de Kelsen supone afirmar que el metro de París, que es el criterio último de corrección de todas las medidas en el sistema métrico, es en sí correcto.



Pero Hart plantea una objeción más interesante a la tesis de Kelsen: el decir que la validez de la propia Regla de Reconocimiento "se da por admitida" oscurece el criterio fáctico de existencia de la propia Regla de Reconocimiento; una cosa es -siguiendo a Hart- "dar por admitida la validez" y otra "presuponer la existencia". Mientras que en los sistemas simples de reglas primarias de obligación la afirmación de que una regla existe, sólo puede ser un enunciado externo de hecho -formulación y verificación de un determinado modo de conducta generalmente aceptado como pauta o criterio de comportamiento diferenciable de los meros hábitos convergentes-, en los sistemas jurídicos desarrollados -sistemas jurídicos que incluyen una Regla de Reconocimiento que establece los criterios de validez del resto de las normas del Ordenamiento Jurídico -el enunciado de que una regla existe puede ser un enunciado interno que aplica una Regla de Reconocimiento aceptada pero no expresa. Ahora bien, la afirmación de que una Regla de Reconocimiento existe no puede ser explicada diciendo que "damos por admitida su validez". Su existencia es una cuestión fáctica, no lógica. Los problemas empíricos no deben ser confundidos con los problemas conceptuales. En este sentido, -afirma Hart: "La afirmación de que ella existe (como es obvio, se refiere a la Regla de Reconocimiento) sólo puede ser un enunciado de hecho externo. - Porque mientras que una regla subordinada de un sistema puede ser válida y, en ese sentido, "existir" aún cuando sea generalmente desobedecida, la regla de reconocimiento sólo existe como una práctica compleja, pero normalmente concordante, de los tribunales, funcionarios y particulares, al identificar el derecho por referencia a ciertos criterios. Su existencia es una cuestión de hecho" (1).

#### B.2.1.4.2. Clasificación.

Es difícil la catalogación jurídica de la Regla de Reconocimiento, es decir, de la regla que, en última instancia, se usa para identificar el De-

---

(1) Hart, op.cit., pág. 137 (v.o. pág. 107). El subrayado es mío.

recho. No se trata de una norma jurídica en sentido escrito, ni de una mera convención, uso o costumbre. El concepto de Regla de Reconocimiento parece estar a caballo entre dos esferas, una jurídica y otra fáctica, ya que, si bien por un lado proporciona los criterios para la identificación de otras reglas -y en este sentido, podría ser calificada como "Derecho"- por otro lado, cuando hablamos de su existencia, formulamos en verdad un enunciado externo sobre un hecho efectivo que se refiere a la manera en que son identificadas las reglas de un sistema. Esta doble perspectiva de análisis del concepto de Regla de Reconocimiento vuelve de nuevo a poner de manifiesto el planteamiento metodológico dualista expuesto por Hart: la regla de Reconocimiento puede ser analizada desde una doble perspectiva; desde un punto de vista externo, podemos hacer un enunciado externo de hecho que afirma la existencia de tal regla en la práctica efectiva del sistema jurídico; desde un punto de vista interno, se pueden expresar enunciados internos de validez formulados por quienes la usan para identificar el Derecho. Para Hart, el análisis de los conceptos jurídicos debe participar de esta doble perspectiva, integrando ambos puntos de vista (1).

En un sistema normativo se pueden diferenciar con suficiente claridad dos tipos de reglas: por un lado, reglas conceptuales o definicionales, es decir, reglas que pueden ser consideradas como definiciones de ciertos conceptos; por otro lado, reglas de conducta, es decir, reglas con carácter prescriptivo o normativo, reglas que ordenan, prohíben o permiten cierta conducta en determinadas circunstancias o casos (2). Esta división o clasificación de las reglas de un sistema normativo ha sido expuesta por E. Bulygin -

---

(1) Como ya hemos señalado, Hart se debate en una postura intermedia entre el formalismo y el escepticismo ante las normas. Mientras que una postura escéptica (por ej. el realismo jurídico americano) olvida el punto de vista interno, un planteamiento formalista olvida el punto de vista externo (por ej., Kelsen). Un libro reciente que analiza críticamente la relación entre Norma Fundamental (Kelsen) y Regla de Reconocimiento (Hart) se puede encontrar en A. Giovannelli; "Dottrina pura e Teoria della Costituzione in Kelsen", Dott. A. Giuffré ed., Milan 1979, pp. 161-231.

(2) Ejemplos de las primeras serían las reglas gramaticales, las reglas semánticas, las reglas lógicas de inferencia, las reglas de juego, etc. De las segundas, los ejemplos son más sencillos, ya que las reglas de conducta incluyen la presencia de una modalidad deóntica. Independientemente de estos dos tipos de reglas, subrayadas aquí con una finalidad muy concreta, el Ordenamiento Jurídico incluye otro tipo importante de normas, las reglas secundarias o normas de competencia, claramente diferenciables de las reglas primarias o normas de conducta.

como preámbulo de su breve análisis crítico del concepto de Regla de Reconocimiento (1); para Bulygin, la Regla de Reconocimiento es una regla conceptual porque tiene carácter definicional y carece de todo carácter normativo; no prescribe a los jueces -en opinión de Bulygin- el deber de aplicar las normas jurídicas, ya que este tipo de obligación contingente no surge de la Regla de Reconocimiento, sino de alguna regla específica del sistema, identificada por la propia regla de Reconocimiento: si un juez identifica correctamente el Derecho válido aplicable al caso controvertido, pero se niega a aplicar las normas que él ha identificado como válidas, la idea de obligación -sostiene Bulygin- no surge de la Regla de Reconocimiento -regla que el juez aplicó correctamente al identificar la norma aplicable- sino de la norma -identificada por él con la ayuda de la regla de Reconocimiento: "lo que el juez desobedece es la norma que establece que el homicidio debe ser penado, no la regla de reconocimiento" (2). Por tanto, la Regla de Reconocimiento, -al ser considerada como una regla conceptual que establece los criterios de identificación o determinación del Derecho, no plantea la cuestión de obediencia o desobediencia, sino, simplemente, la cuestión de su uso correcto o incorrecto. Así, dirá Bulygin: "Un juez que no aplica la regla de reconocimiento en uso -por ignorancia o por otras razones-, es un mal juez, como un hombre que no sabe usar correctamente las reglas de la gramática no sabe hablar bien (o no sabe hablar del todo) el lenguaje en cuestión. Pero no cabe hablar aquí de desobediencia en ninguno de los dos casos" (3).

La tesis contraria ha sido sostenida por J. Raz, para el que la Regla de Reconocimiento tendría la siguiente forma lógica: "All law-applying officials have a duty to apply all and only laws that satisfy the following criteria...." (4).

- 
- (1) Vid. "Sobre la Regla de Reconocimiento", en "Derecho, Filosofía y Lenguaje", Homenaje a A.L. Gioja, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1976, pgs. 31-39.
  - (2) Bulygin, "Sobre la Regla...", op.cit., p.39.
  - (3) Bulygin, "Sobre la Regla...", op.cit., p.39.
  - (4) J.Raz, "The Identity of Legal Systems", en "The Authority of Law, op.-cit., pág. 83.

Para Raz, la regla de Reconocimiento impone una obligación a los funcionarios que aplican el Derecho, a reconocer y aplicar todas y solo aquellas normas que satisfacen los criterios de validez determinados por la propia - regla de Reconocimiento. Al lado de esta regla-que obliga a los jueces a - aplicar ciertas normas Raz subraya también, como factor determinante a indispensable para la formulación de los criterios de identificación, normas que limitan la discrecionalidad de los jueces, guiando su acción para la aplicación y adopción de normas: "they limit the courts freedom of choice but do not deprive them of it" (1).

Creo que nos hallamos ante un círculo vicioso: la regla de Reconocimiento suministra los criterios de validez para la identificación de las normas pertenecientes al sistema; no es un simple hábito (conducta convergente de hecho), sino una regla aceptada por los jueces y funcionarios del sistema - en el ámbito de un contexto general de eficacia. Por tanto, la regla de Reconocimiento se reduce a una práctica social institucionalizada, a una regla aceptada por los funcionarios desde un punto de vista interno y obedecida -al menos desde un punto de vista externo- por los ciudadanos. Así, el punto de vista interno ha sido subrayado por Mac Cormick, para el que este punto de vista, en última instancia, tiene un carácter normativo y valorativo: "...what must be essential to the internal aspect of the rule of recognition is some conscious commitment to pursuing the political values which are perceived as underpinning it, and to sustaining in concrete form the political principles deemed inherent in the constituted order of the society in question" (2). Más adelante, dice: "Some such attitude seems to be necessarily engaged in genuine acceptance of an obligation to apply validly enacted statutes, or authoritative precedents, or whatever other rules are derivable - from sources of law specified by criteria of recognition" (3). Para Mac Cor

---

(1) J. Raz, "The Identity...", op.cit., pág. 97.

(2) N. Mac Cormick, "Legal Reasoning...", cit., pág. 139.

(3) N. Mac Cormick, "Legal Reasoning....", cit., págs. 240-241.

mick, el punto de vista "interno" caracterizado por Hart, exige una distinción analítica entre sus diversos niveles de comprensión: se puede hablar, al menos, de un punto de vista "interno cognoscitivo" (1), desde el que la conducta es apreciada y comprendida en términos de los standards que han sido usados por el agente como guías de su comportamiento; pero también se puede hablar de un punto de vista "interno volitivo" (2): se trata del punto de vista de un agente, que por algunas razones que a él le parecen buenas, tiene un compromiso volitivo en la observancia de un patrón de conducta, tanto para él como para los demás; esta actitud incluye, aunque no es incluida por, la actitud cognoscitiva interna. Tanto la actitud reflexiva ("cognoscitiva") como la actitud crítica ("volitiva") se encuentran presentes en el denominado "punto de vista interno" (3).

¿Cabe una reformulación jurídica del concepto de regla de Reconocimiento? ¿Es posible clasificar la regla de Reconocimiento como una regla primaria que impone obligaciones a los jueces? ¿Se trata de una regla secundaria que confiere potestades a los funcionarios para la identificación del Derecho? ¿No estamos, acaso, ante un caso límite de la teoría jurídica y la teoría política?. Creo que la principal insuficiencia de la teoría jurídica de la regla de Reconocimiento, tal y como ha sido formulada por Hart, consiste en no superar el marco jurídico que la teoría del Derecho le ofrece, ámbito que tiene que ser desbordado para intentar explicar y describir el funcionamiento de los sistemas jurídicos y políticos. El laberinto que nos ofrece el intento de construir una definición jurídica de la Regla de Reconocimiento, nos impide salir de un camino sin salida, camino del que nunca nos alejaremos si nos apoyamos desde sus propias premisas.

---

(1) N.Mac Cormick, "Legal reasoning...", cit., pág. 292.

(2) N.Mac Cormick, "Legal reasoning...", cit., pág. 292.

(3) Vid. una reelaboración de estos conceptos en N.Mac Cormick, "H.L.A. Hart" Edward Arnold (Publishers) Ltd., Londres, 1981, págs. 33 y ss.

#### B.2.1.4.3. Regla de Reconocimiento y Norma Fundamental

Teniendo en cuenta el análisis precedente, se podría configurar el siguiente cuadro comparativo:

##### REGLA DE RECONOCIMIENTO

- 1) La cuestión acerca de cuáles son los criterios de validez en un sistema jurídico determinado (contenido de la R.R.) y de la propia existencia de la R.R. es una cuestión empírica, aunque relativa a hechos complejos. Es una cuestión fáctica acerca de la existencia de una regla. Cuando un jurista afirma la validez de una norma jurídica presupone en forma tácita el hecho de la existencia y aceptación de la R.R.
- 2) La cuestión de la validez o invalidez de la R.R. generalmente aceptada es inseparable de la cuestión de su existencia fáctica. No existe ningún tipo de presuposición lógica de su validez.
- 3) Si la R.R. es una regla aceptada (los tribunales y funcionarios del Sistema identifican efectivamente el Derecho con arreglo a los criterios que ella suministra) la Constitución de un país será aceptada. No hace falta una duplicación que sugiera la existencia de una regla que disponga "la Constitución ha de ser obedecida". Una cosa es la R.R. aceptada; otra bien distinta es la existencia de una regla que prescribe la obediencia a ella.
- 4) El análisis de la validez no implica la consecuencia de la imposibilidad lógica de la validez de una norma moral que colisiona con ella. Es posible la existencia de un conflicto entre Moral y Derecho, conflicto que no implica ningún tipo de imposibilidad lógica.

##### NORMA FUNDAMENTAL

- 1) La Norma Fundamental es una hipótesis jurídica, una regla última postulada, una regla que existe en la conciencia jurídica, un supuesto: no se trata de una cuestión fáctica. La validez de toda norma positiva depende de la hipótesis de una norma no positiva. La Teoría Pura del Derecho atribuye a la N.F. el papel de una hipótesis básica.
- 2) Los juicios de validez de normas particulares sólo son posibles presuponiendo la condición general de validez de una N.F. Interpretar jurídicamente el material empírico que se presenta como Derecho, sólo es posible a condición de que la N.F. se presuponga como válida.
- 3) La N.F. tiene siempre el mismo contenido: se prescribe que los individuos deben conducirse en la forma que les ordenaron el individuo o individuos que establecieron la primera Constitución.
- 4) Es lógicamente imposible considerar como válida a una regla del Derecho particular y, al mismo tiempo, aceptar como moralmente obligatoria una regla moral que prohíbe la conducta prescrita por la regla jurídica.

Evidentemente, la Regla de Reconocimiento, por su papel fundamental - de criterio que unifica y reconduce las normas al sistema, tienen un cierto "aire de familia" con la 'Grundnorm', siendo, al fin y al cabo, un intento de superación de la fundamentación lógico-jurídico del Ordenamiento (1), así como del modelo tradicional austiniiano de la autoridad soberana (2).

Hart, sin renunciar al punto de vista normativo, supera los límites - del reduccionismo normativo kelseniano: siguiendo el esquema general que - Giovanelli ha configurado (3), se podría diferenciar la R.R. de la norma - básica en base a tres aspectos claramente interrelacionados a) por su contenido; b) por su naturaleza y estructura compleja y c) por la función que asume en el contexto teórico en el que se enmarca.

La N.F. constituye el vértice superior de la pirámide normativa kelseniana, reconduciendo la multiplicidad de normas a la unidad del sistema y - fundamentando el discurso sobre la validez jurídica; sin embargo, el concepto kelseniano no resuelve el problema de la identificación concreta del Derecho válido en una determinada comunidad, mientras que la R.R. determina - dentro de los márgenes de ambigüedad que nos ofrece una "estructura abierta" del Derecho- los criterios para la individuación e identificación del - Derecho válido. La N.F., en virtud de su carácter formal, se limita a legitimar jurídicamente los procedimientos adoptados para la creación y aplicación del Derecho, es decir, no indica las operaciones efectivamente seguidas para determinar e identificar el Derecho válido, sino que viene presupuesta desde un punto de vista formal y abstracto para traducir el fenómeno social

---

(1) v. Giovanelli, op.cit., pág. 201.

(2) Así, por ej., Blackshield "Hart's Concept of Law", en "Archiv für Rechts und Sozialphilosophie", 1962, pág. 332 -afirma que el concepto fundamental de norma de Reconocimiento es simplemente una reinterpretación de la norma básica de Kelsen; por su parte, R.Sartorius -"The Concept of Law", ARSP, 1966, pág. 161 y ss, ahora en "More Essays in Legal Philosophy", R.Summers, Oxford, 1971, pág. 151 bajo el título "Hart's Concept of Law" -afirma: "What Hart has done here is to make the rule of recognition so sovereign in a way which is strictly analogous to the sovereignty of the determinate person or persons constituting the Austinian sovereign".

(3) op.cit., pág. 202.

y político a una dimensión normativa racionalizada en la categoría de la validez. La N.F. en cuanto constitución lógico-jurídica, tiene, un contenido - permanente al que todas las constituciones positivas deben referirse. Como dice Hart, refiriéndose a la N.F., "...es simplemente en todos los sistemas jurídicos la regla que dice que debe obedecerse la constitución o a quienes establecieron la primera constitución" (1). Sin embargo, la R.R. trata de - integrar el primer principio normativo del orden jurídico y los múltiples - criterios selectivos del Derecho que realmente informan la vida de la comunidad; dice Hart: "Si una constitución que especifica las varias fuentes de derecho es una realidad viviente en el sentido de que los tribunales y los funcionarios del sistema efectivamente identifican el derecho con arreglo a los criterios que ella suministra, entonces la constitución es aceptada y - efectivamente existe. Parece una duplicación innecesaria sugerir que hay otra regla más que dispone que la constitución (o quienes la "establecieron") - ha de ser obedecida" (2).

El discurso jurídico de Kelsen se desenvuelve en un ámbito autónomo y cerrado, discurso que deriva de un principio normativo presupuesto lógicamente y del que deriva el fundamento de validez de todas las normas del sistema. Por el contrario, el discurso de Hart es abierto y próximo a otros ámbitos de problemas similares (filosofía moral -Teoría de la justicia- y filosofía política), usando conceptos propios de la teoría de la sociedad y la política. Como ha observado Passerin D'Entrèves, la obra de Hart representa algo más que un mero ensayo acerca del Derecho: "E un'indagine accurata ed esauriente intorno ai problemi fondamentali della filosofia politica; il problema della sovranità, dei diritti e degli obblighi, della natura e della struttura dello stato"; la noción de la Regla de Reconocimiento puede ser considerada como "una versione moderna ed aggiornata di una nozione più antica, considerata un tempo come la vera e propria spina dorsale della teoria dello stato, quella di sovranità" (3).

---

(1) Hart, C.D, pág. 311.

(2) Hart, C.D., pág. 311.

(3) A Passerin d'Entrèves, "Obbedienza e resistenza in una società democratica", ed. di Comunità, Milán, 1970, págs. 44-45.



Como hemos visto, la R.R. tiene una "naturaleza" dualista: por un lado, como referencia fundamental de las aserciones internas de los sujetos que la usan para reconocer el Derecho, la R.R. tiene una naturaleza normativa - que fundamenta el concepto de validez; por otro lado, al ser un concepto unido inexorablemente a la praxis jurídica concreta, es decir, siendo un hecho observable desde un punto de vista externo (punto de vista de la eficacia), la R.R. tiene una naturaleza fáctica que fundamenta el concepto de la eficacia del sistema.

La R.R. presupone el concepto de aceptación, concepto que analizaré - en un capítulo posterior; la "aceptación" es un concepto ambiguo que se desarrolla entre dos planos, uno psicológico y otro fáctico, intentando configurar una unidad de puntos de vista (1).

El análisis desarrollado por Hart se separa radicalmente de la dimensión abstracta y apriorística de Kelsen. La teorización de la Norma Fundamental como fundamento racional de una abstracta validez objetiva, se convierte en Hart en un discurso sobre el fundamento de la legitimación del poder y de análisis de los complejos mecanismos sociales que sustentan la existencia de un Ordenamiento Jurídico en una comunidad determinada (2).

#### B.2.1.4.4. Incertidumbre de la Regla de Reconocimiento.

Cuando analizamos el problema de formalismo y escepticismo ante las normas -presentándolos como el Scilla y Caribdis de la teoría jurídica- estudiamos el problema de la incertidumbre de reglas jurídicas particulares. Ahora

- 
- (1) Así, A. Passerin D'Entrèves -"Introno all'obbligo politico", Rivista di Filosofia, 1966, pág. 162- sitúa el concepto de "fedelta" como un "tertium quid" entre la obligación jurídica y la obligación moral.
- (2) Sobre este tema vid. M.A. Pellegrino Falchi, "Il fondamento sociale e politico del diritto nell'analisi de Hart", en "Annali della Facoltà di Scienze Politiche", Genova, 1974; pág. 888: "se il diritto è una struttura di esercizio del potere, sarà necessariamente condizionato dagli equilibri di potere presenti in una data società".

se trata simplemente de puntualizar uno de los temas que Hart desarrolla, con respecto a la Regla de Reconocimiento, a saber, la incertidumbre del criterio último usado por los tribunales al identificar reglas válidas de Derecho.

Estos casos de incertidumbre de los criterios últimos de validez jurídica son más comunes en el Ordenamiento Jurídico inglés, ya que este sistema jurídico no tiene una constitución escrita que especifique la competencia de la legislatura suprema (1). Y aunque esta constitución exista, pueden seguir surgiendo problemas de interpretación e incertidumbre que tendrán que ser resueltos por los tribunales. De la constatación de este estado de cosas, Hart se pregunta: "¿Qué inferencia cabe extraer, respecto de la posición que ocupan los tribunales en un sistema jurídico, del hecho de que la regla última de éste puede ofrecer dudas y éstas ser resueltas por aquéllos? ¿Se hace necesario, en vista de esta circunstancia, modificar de algún modo la tesis de que el fundamento de un sistema de derecho es una regla de reconocimiento aceptada que especifica los criterios de validez jurídica?" (2).

Para responder a esta pregunta Hart se plantea dos aspectos de la doctrina inglesa de la soberanía del Parlamento:

- a) De la doctrina de Austin de que el Derecho es el producto de una voluntad jurídica ilimitada, se construyó la teoría de la soberanía continua de la legislatura: ésta es libre frente a cualquier tipo de limitación, incluso frente a su propia legislación previa. El principio se puede formular de la siguiente forma: "ningún Parlamento anterior puede impedir que sus "sucesores" deroguen la legislación dictada por aquél" (3).

---

(1) En la mayoría de los casos se emplea la fórmula: "Lo que la Reina en Parlamento sanciona es derecho", V.Hart, op.cit., pág. 184.

(2) Hart, op.cit., pág. 185.

(3) Hart, op.cit., 185. Este enunciado constituye parte de la regla última de reconocimiento utilizada por los tribunales para identificar reglas válidas de Derecho.

- b) El Parlamento, en lugar de carecer de potestades para limitar en forma irrevocable la competencia legislativa de sus sucesores, se construye la doctrina de que el Parlamento tiene una amplia potestad de auto-limitación (1).

En a) nos encontramos con una "omnipotencia continua" sobre todas las cuestiones que no afecten la competencia legislativa de los parlamentos posteriores; en b), una ilimitada "omnipotencia auto-comprensiva" -"self-embracing"- de la que se puede gozar sólo una vez (2). La regla que se acepta en el Ordenamiento Jurídico inglés es una regla de soberanía continuada, "de modo que el Parlamento no puede poner sus leyes a cubierto de la derogación" (3).

Ahora bien, la propia regla de la soberanía parlamentaria puede estar indeterminada en algunos aspectos; dice Hart: "Según la regla actual se acepta que una ley del Parlamento no puede sustraer en forma irrevocable ninguna cuestión a la acción legislativa futura del Parlamento; pero puede distinguirse entre una ley que en forma lisa y llana intenta hacer eso, y otra ley que, a la par que deja al Parlamento la posibilidad de legislar sobre cualquier tópico, tiene por mira modificar la "manera y forma" de la legislación" (4). De esta forma se puede superar la idea de que un Parlamento está hipotecando para el futuro la competencia de sucesivos Parlamentos, pues éstos, por el mismo procedimiento establecido, podrán derogar ese procedimiento especial.

Ahora bien, si de lo que se trata es de dilucidar los criterios últimos de validez de un sistema jurídico, todos los casos dudosos serán rechazados o aceptados, tarde o temprano, por algún tribunal llamado a decidir la cuestión. Sin embargo, nos podemos encontrar ante una paradoja: los jue-

---

(1) Sobre este doble uso de la soberanía parlamentaria, v.H.W.R.Wade, "The Basis of Legal Sovereignty", Cambridge Law Journal, 1955.

(2) Hart, op.cit., pág. 186. La similitud entre la doble constitución teórica de la "omnipotencia parlamentaria" y la "omnipotencia divina" es señalada por Hart. Sobre este tema, J.Mackie, "Evil and Omnipotence", Mind, 1955.

(3) Hart, C.D., op.cit., pág. 186.

(4) Hart, C.D., op.cit., págs. 186 y 187.

ces ejercen potestades creadoras que determinan los criterios últimos para comprobar la validez de las propias normas que les confieren jurisdicción - en tanto que jueces. Así, se pregunta Hart: "¿Cómo puede una constitución - conferir autoridad para decir lo que la constitución es?" (1). Si bien esta pregunta es atractiva desde el punto de vista teórico, la paradoja puede di solverse al pensar que es una condición necesaria de un sistema jurídico - existente "que no toda regla sea dudosa" en todos los puntos" (2). El lenguaje jurídico posee una textura abierta que posibilita una gran discrecionalidad a los jueces encargados de determinar los criterios últimos de vali dez, discrecionalidad que no debe ser confundida con una simple arbitrariedad. Las normas jurídicas, junto a una "zona de penumbra", contienen un núcleo de significación delimitado que hace posible un mínimo de seguridad ju rídica. Se puede decir, con todas las matizaciones que sean precisas, que - hay ciertos límites referentes a los últimos criterios de validez que no ori ginan dudas, aunque si las originan su ámbito y alcance preciso.

Las posibles dudas que pudieran surgir a la hora de determinar los cri terios últimos de validez de un Ordenamiento Jurídico, quedan solventadas - por la actuación de los tribunales, es decir, por aquellas instituciones - que tienen jurisdicción para resolver aquellos casos dudosos eligiendo -o si se quiere descubriendo- una de las alternativas que la ley deja abierta. No es que las potestades creadoras del juez se consideren como formas de potes tad legislativa delegada -consistiendo éste, precisamente, un típico error formalista- sino que el proceso es inverso: cuando la cuestión ha surgido y se ha resuelto mediante una decisión judicial, los jueces "logran" que se - acepte su autoridad para decidir las: "...el éxito otorga autoridad es post- facto" (3). La resolución del problema de la incertidumbre no es, pues, con

---

(1) Hart, op.cit., pág. 189. En el caso del Ordenamiento Jurídico español es ta pregunta podría ser formulada directamente al Tribunal Constitucional.

(2) Hart, op.cit., pág. 189.

(3) Hart, op.cit., pág. 191.

siderado por Hart como una cuestión epistemológica, sino como un hecho social dotado de especiales características a través de una serie de instituciones revestidas de autoridad.

B.2.1.4.5. "Excursus" sobre el Derecho Internacional y la Regla de Reconocimiento.

A) Revisión de las tesis del carácter no-jurídico del Derecho Internacional.

Gran parte de los teóricos del Derecho siempre han mirado con recelo el carácter del "Derecho" Internacional, debido a la falta de una legislatura internacional, de tribunales con jurisdicción efectiva y de sanciones centralmente organizadas. Los sistemas jurídicos internacionales tienen semejanza en cuanto a su estructura, con los sistemas que Hart ha llamado "prejurídicos", es decir, aquellos Ordenamientos que sólo poseen reglas primarias - de obligación, careciendo de reglas secundarias de cambio (legislatura), adjudicación (tribunales), y, sobre todo, careciendo de una regla de reconocimiento unificadora que especifique las "fuentes" del Derecho y que suministra criterios generales para la identificación de sus reglas.

Hart, en vez de pretender fijar la existencia de reglas primarias y secundarias como condición necesaria y suficiente para el uso correcto de la expresión "sistema jurídico", se va a preguntar si el uso común y amplio - de "derecho internacional" obstaculiza algún propósito teórico o práctico - (1).

La cuestión no se soluciona diciendo que se trata de una mera equivocidad de las palabras. En este sentido Hart dice lo siguiente: "...mientras que la asignación de nombres propios descansa únicamente en una convención ad hoc, la extensión de los términos generales de cualquier disciplina sería nunca carece de su principio o fundamento racional, aunque puede ocurrir que

---

(1) Este criterio es semejante, como hemos visto al hablar de la validez jurídica y moral, al seguido por Hart para determinar un concepto amplio o restringido del Derecho.

éste no sea obvio" (1)

Hart señala tres principales fuentes de duda acerca del "carácter jurídico" del Derecho Internacional:

- I) La primera contrapone el carácter de las "reglas" del Derecho Internacional a las del Derecho Nacional, considerando a éstas como órdenes respaldadas por amenazas.
- II) La segunda contrapone los sujetos del Derecho Nacional a los sujetos del Derecho Internacional (es decir, los Estados, incapaces de ser sujetos de obligaciones jurídicas (2)).
- III) La tercera posición defiende la identificación del Derecho Internacional con la Moral.

I) 1.-En primer lugar, siguiendo a Hart, se podría decir el siguiente enunciado: "Argumentar que el derecho internacional no es obligatorio por la falta de sanciones organizadas, es aceptar en forma tácita el análisis de la obligación contenido en la teoría de que el derecho es esencialmente una cuestión de ordenes respaldadas por amenazas" (3).

Esta teoría, como hemos visto con anterioridad, oscurece la distinción hartiana entre "verse obligado" y "tener una obligación", al identificar el enunciado "tener una obligación" con el enunciado "probabilidad de sufrir la sanción o el castigo con que se amenaza para el caso de desobediencia". Se trata de dos tipos de enunciados.

- 1) un enunciado predictivo externo "probablemente sufrirá (sufrirás) a causa de la desobediencia".

---

(1) Hart, op.cit., pág. 266. La tesis de que se trata de una mera cuestión verbar es defendida por G.Williams, en "The Controversy concerning the word 'Law'", 22 British Year Book of International Law 146, 1945. Una versión revisada puede encontrarse en "Philosophy, Politics and Society", First Series, ed. P.Laslett, Blackwell, pág.134-156, Oxford, 1956.

(2) Hart, op.cit., pág. 266. Es interesante la bibliografía y notas citadas por Hart en C.D., op.cit., págs. 323-325.

(3) Hart, op.cit., pág. 268.

- 2) un enunciado normativo interno "tengo (tienes) obligación de actuar así", enunciado que determina la situación particular de un sujeto desde el punto de vista de las reglas aceptadas como pautas o criterios orientadores de la conducta.

Mientras que el primer enunciado se apoya en la teoría predictiva de la validez y en una concepción del Derecho como órdenes respaldadas por amenazas, la idea normativa de la obligación del segundo enunciado es un concepto mucho más amplio que no tiene por qué estar limitado a las reglas apoyadas por sanciones organizadas (1). Por tanto, esta argumentación de que el Derecho Internacional no es obligatorio por la falta de sanciones organizadas, no es satisfactoria, pues el modelo de análisis del Derecho que la apoya (a saber, un conjunto de órdenes respaldadas por amenazas) no es lo suficientemente amplio y plausible para explicar y describir los sistemas jurídicos contemporáneos. Por tanto, Hart rechazará la objeción de que el Derecho Internacional no es obligatorio porque carece de sanciones.

2.-Existe otra forma de argumentación que no está comprometida con la definición de la obligación en términos de la probabilidad de sanciones.

Este argumento presentado por Hart trata de diferenciar los distintos contextos y trasfondos del Derecho Estatal y del Derecho Internacional: debido a esta razón, del hecho de que el Derecho Estatal interno necesita un sistema de sanciones organizadas no se deduce que el Derecho Internacional -situado en un contexto muy diferente- no impone obligaciones, no es "obligatorio" y, por tanto, no puede ser llamado "Derecho".

II) La segunda "fuente de dudas" acerca del carácter "jurídico" del Derecho Internacional se basa en la contraposición de los sujetos del Derecho Estatal y los sujetos del Derecho Internacional: esta contraposición se traduce en la dificultad de aceptar o explicar el hecho de que un Estado que es soberano pueda también estar sujeto por aquél o hallarse sometido a una

---

(1) Los conceptos aquí enunciados han sido tratados con detenimiento en otros apartados de la tesis; así, la teoría predictiva de la validez, la crítica de Hart a la concepción del Derecho como órdenes respaldadas por amenazas, el doble aspecto interno/externo de las reglas como superación de un pretendido monismo metodológico, etc....

obligación impuesta por sus reglas. Por tanto, este argumento parece ser - mucho más radical que el anterior; porque si la objeción anterior, aún partiendo desde el mismo punto de vista, podría ser solventada si alguna vez - el Derecho Internacional pudiera ser reforzado por un sistema centralizado de sanciones, esta segunda objeción afirma la inconsistencia radical en la concepción de un Estado que a la vez es soberano y está sometido al Derecho.

La idea de la soberanía que subyace a esta concepción (persona o conjunto de personas por encima del Derecho y cuya palabra es ley para sus inferiores o súbditos) ha sido criticada por Hart (1), e incluso ha sido tomada como punto de partida, sometido a crítica, de su nueva concepción del Derecho. Sin embargo, si bien esta concepción de la soberanía puede ser destruida a la hora de analizar la estructura de un Ordenamiento Jurídico, es difícil que, cuando se reflexiona sobre el Derecho Internacional, podamos - tan fácilmente desprendernos de la idea de un Estado soberano jurídicamente ilimitado.

Independientemente de las formas y grados posibles de dependencia e independencia de los Estados (2), así como las diferentes formas de la autoridad internacional, Hart examina un tipo de teorías -las teorías voluntaristas o de la auto-limitación (3) -que intentan reconciliar la soberanía absoluta de los Estados con la existencia de reglas obligatorias de Derecho Internacional, tratando a todas las obligaciones internacionales como auto-limitación impuestas, a semejanza de la obligación que surge de una promesa. Hart formula tres principales objeciones:

---

(1) Vid. su concepción del Derecho como unión de reglas primarias y secundarias, revisión crítica de la doctrina austriana del Derecho como mandato soberano. (ap. B.1.2.)

(2) Hart, op.cit., pág. 273 y ss.

(3) Autores que representan esta doctrina: Jellinek, Triepel, Zorn. Vid., por ejemplo, el concepto de soberanía analizado por Jellinek en "Teoría General del Estado", Ed. Albatros, Buenos Aires, 1978, G. Jellinek, "Allgemeine Staatslehre" 1ª ed. Berlin, 1905; la 1ª ed. de la trad. cast., data de 1914-15). Para Hart, las teorías contractualistas serían las contrapartida, en el ámbito de la ciencia política, de estas teorías del Derecho Internacional.



- 1) Estas teorías presuponen un concepto de soberanía previo a todo examen del efectivo carácter del Derecho Internacional, sin explicar "cómo se sabe que los estados sólo 'pueden' ser limitados por obligaciones auto-impuestas."
- 2) La afirmación fundamental de estas teorías, es decir, el enunciado de que los Estados sólo pueden estar sometidos a reglas que ellos se han impuesto a sí mismos, presenta ciertos grados de incoherencia. El enunciado de que un Estado puede imponerse obligaciones mediante promesas, acuerdos o tratados no es compatible, desde un punto de vista lógico, con la teoría de que los Estados están únicamente sometidos a reglas que ellos se han impuestos a sí mismos. Esto es así porque la noción de una obligación auto-impuesta presupone la existencia de ciertas reglas que establecen que un Estado está obligado a hacer aquello que mediante las palabras apropiadas -promesas, acuerdo, tratado- se compromete a hacer (1). Estas reglas, como es obvio, no pueden derivar su status obligatorio de una auto-impuesta obligación de obedecerlas.
- 3) Aparte de las anteriores objeciones metodológicas y lógicas, basadas en la crítica de una pretensión "a priori", existen, desde el punto de vista empírico, algunos hechos que cuestionan el enunciado defendido por las teorías de la auto-limitación. Hart señala dos excepciones a la pretensión de que toda obligación internacional surge del consentimiento de la parte obligada:
  - a) En primer lugar, el caso de un nuevo Estado (por ejemplo, Israel - en 1948), cuyo nacimiento implica su sometimiento a las obligaciones generales del Derecho Internacional.
  - b) En segundo lugar, el caso, de que un Estado, al adquirir un territorio que modifique sus fronteras, está obligado, independientemente de su

---

(1) Las expresiones normativas implican que existen razones para que el agente actúe de cierto modo, razones que tienen que ver con la existencia de normas y principios de conducta. Sobre este tema me parecen muy interesantes: José S.P. Hierro, "Problemas del análisis del Lenguaje moral", Tecnos, 1970; J. Raz, "Practical Reason and Norms", Hutchinson of London, 1975. La bibliografía sobre este tema es tan amplia, dentro del ámbito de la filosofía analítica del lenguaje, que me remito a los "cuadernos" de bibliografía de la Sub-Faculty of Philosophy, 10 Merton Street, Oxford.

voluntad y consentimiento, a obligaciones impuestas por reglas que previamente no había tenido oportunidad de observar ni de transgredir.

III) Una tercera posible fuente de dudas acerca del carácter jurídico del Derecho Internacional es la constatación de las diferencias formales entre la estructura del Derecho Internacional (estructura que se asemeja a los sistemas "prejurídicos" de reglas primarias de obligación) y la estructura del Derecho nacional (estructura de reglas primarias de obligación y reglas secundarias de reconocimiento, cambio y adjudicación). Estas diferencias formales a veces se traducen en el siguiente enunciado: el Derecho Internacional es una forma de "moral".

a) Bajo este enunciado -argumentará Hart -de nuevo aparece la vieja - concepción de que toda forma de estructura social que no sea reducible a órdenes respaldadas por amenazas sólo puede ser una forma de "moral". Sin embargo, este concepto de moral es demasiado amplio y tosco, sin ningún tipo de interés teórico o práctico.

b) Independientemente de esta crítica, cabe decir -siguiendo a Hart- que una de las funciones típicas del Derecho, a diferencia de la moral, es la de introducir formalidades y detalles específicos para alcanzar un máximo de certeza y predicibilidad, así como la facilitación de la prueba y la apreciación de las demandas. Es evidente que no todas las reglas del Derecho Internacional podrían ser calificadas de reglas formales, arbitrarias, o moralmente neutras: "Lo importante es únicamente -dice Hart- que las reglas jurídicas pueden, y las reglas morales no pueden, ser de este tipo" (1).

c) Otra de las objeciones que Hart plantea a la identificación entre el Derecho Internacional y la Moral, es que, mientras que esta última se puede concebir como el criterio último mediante el cual son evaluadas las acciones humanas, -y por tanto carece de "legislatura" o cambio rápido por vía legislativa-, las reglas del Derecho Internacional pueden ser modificadas por vía legislativa, ya que sus "reglas" son tan "artificiales" como las reglas de un Derecho Nacional.

---

(1) Hart, op.cit., pág. 283. El subrayado es mío.

d) Por último, el análisis de Hart critica la convicción de que hay una obligación moral de obedecer las reglas del Derecho Internacional, siendo esta obligación moral la condición de la existencia del propio Derecho Internacional. Es decir, independientemente de la posibilidad de existencia de un sentimiento de obligación moral, lo que Hart critica es la fundamentación de la existencia del Derecho Internacional en la obligación moral de obedecer sus reglas. En este sentido, su crítica es semejante a las objeciones formuladas contra la fundamentación moral de un Ordenamiento Jurídico: evidentemente, los motivos para que se apoye un sistema jurídico pueden ser muy diversos -obligación moral, interés egoísta, respeto a la tradición, etc.- pero ninguno de ellos puede considerarse como una condición necesaria de la existencia del Derecho entre los individuos o entre los Estados (1).

Muchos de los defensores del carácter "jurídico" del Derecho Internacional han establecido, desde un punto de vista formal, una gran variedad de analogías con la estructura del Derecho Interno, analogías que, previamente al análisis sobre la "Norma Básica" del Derecho Internacional, son sometidas a críticas por Hart (2):

- 1) A las tesis de que una guerra que concluye con un tratado -por el cual la potencia derrotada asume ciertas obligaciones- es un acto legislativo por ser un cambio jurídico impuesto, Hart opone como diferencia notoria entre el Derecho Nacional y el Derecho Internacional el hecho de que el primero, a diferencia del segundo, no reconoce usualmente validez a los acuerdos surgidos por la fuerza.
- 2) La pretendida analogía entre la Corte Internacional y los Tribunales internos es rechazada por Hart en base a que, a diferencia del Or-

---

(1) Habría que matizar esta tesis diciendo que, como es obvio, en las relaciones de los Estados no podrían existir ni funcionar reglas si una mayoría no las aceptara y no cooperara voluntariamente en su mantenimiento. Esta matización, como hemos visto, es aplicable a las condiciones de existencia de un Ordenamiento Jurídico; la obediencia externa de los ciudadanos no implica ninguna obligación moral, como tampoco es implicada por la "aceptación interna" de los órganos e instituciones facultados para la aplicación de las reglas secundarias.

(2) Hart, op.cit., pág.286 y ss. Estas analogías son denominadas por Hart "analogías de función", a diferencia de las "analogías de contenido", ya que éstas consisten en el campo de principios, conceptos y métodos que son comunes al Derecho Nacional y al Derecho Internacional, Hart, op.cit., págs. 292.

denamiento Jurídico interno, ningún Estado puede ser llevado ante esos Tribunales internacionales sin su consentimiento previo.

- 3) La analogía entre el uso de la fuerza regulada y administrada como sanción en el Derecho Nacional -y las "sanciones descentralizadas" (1) del Derecho Internacional- guerra o represalias por violación de reglas internacionales- aunque es admitida en cierto sentido - por Hart, también debería ser evaluada a la luz del siguiente hecho: "mientras que un tribunal interno tiene jurisdicción compulsiva para investigar la licitud e ilicitud de los actos que se dice realizados en defensa propia (self-help) y para castigar el uso ilícito de ella, ningún tribunal internacional tiene una jurisdicción similar" (2).

Sin embargo, el tema que realmente interesa a Hart es la tesis Kelseniana de la Norma Básica del Derecho Internacional, regla de Reconocimiento que determina la validez de las otras reglas del sistema, en virtud de la -cual las reglas constituyen un sistema único. Frente a esta tesis se opone la doctrina que sostiene el siguiente enunciado: el Derecho Internacional -consiste simplemente en un conjunto de reglas primarias de obligación separadas sin pretensión de unidad; es decir, se trata de un conjunto de reglas consuetudinarias, una de las cuales es la que da fuerza a los tratados (puede ser el principio "pacta sunt servanda", o la regla más moderna, "los Estados deben conducirse como acostumbran a hacerlo").

Lo que Hart se cuestiona es, precisamente, la presuposición de que el Derecho Internacional tenga que incluir en su estructura una Regla de Reconocimiento. Porque el Derecho Internacional se asemeja a la estructura de las sociedades "prejurídicas", sociedades que imponen obligaciones a sus miembros, siendo consideradas estas normas como un conjunto de reglas separadas, que no están unidas por ninguna regla más básica, ni derivan su validez de ella.

---

(1) La expresión de Kelsen, Vid. H.Kelsen, "Sanctions in International Law under the Charter of U.N." 31 Iowa Law Review, 1946.

(2) Hart, C.D., op.cit., pág.287. Además, las provisiones de la Carta de las Naciones Unidas tendrían que ser analizadas teniendo en cuenta el derecho al veto de las grandes potencias.

Por tanto, estas reglas no constituyen un sistema sino que forman un simple conjunto. Así, dirá Hart: "...es un error suponer que una regla básica o regla de reconocimiento es una condición necesaria general de la existencia - de reglas de obligación o reglas 'obligatorias'".

Hemos visto con anterioridad, siguiendo la argumentación de Hart, que tanto las reglas de la estructura social simple, como la regla básica de los sistemas jurídicamente más avanzados, son obligatorias si son aceptadas y funcionan como tales. Las reglas del Derecho Internacional son reglas de obligación: no hay ninguna regla básica que establezca criterios generales de validez para las reglas del Derecho Internacional. El intento de formular - alguna regla básica consistiría simplemente en una repetición vacía del mismo hecho de que la sociedad en cuestión observa ciertas pautas o criterios de conducta como reglas obligatorias (1). Precisamente, hasta que el Derecho Internacional no contenga una estructura formal similar a la del Derecho Nacional, sus analogías con éste serán analogías de función y contenido, pero no de forma.

#### 8.2.2. Existencia de un sistema jurídico.

La concepción de Austin acerca de la existencia de un sistema jurídico, se basa, como ya hemos visto repetidamente, en una condición necesaria, pero no suficiente: cuando las normas jurídicas imponen deberes y obligaciones, tienen que ser obedecidas generalmente (o por lo menos, no desobedecidas). Para Hart, la condición del hábito general de obediencia oscurece la complejidad del enunciado que afirma la existencia de un sistema jurídico; y la oscurece, porque la palabra "obediencia" no caracteriza ni delimita - las acciones de los legisladores -al sancionar ajustándose a las reglas que los confieren potestades legislativas- y de los jueces- al aplicar la regla

---

(1) Dice Hart refiriéndose a la "pretendida" norma básica del Derecho Internacional: "Los Estados deben conducirse como acostumbran a hacerlo": "...no dice nada más que esto: que quienes aceptan ciertas reglas tienen que observar también una regla que dice que las reglas deben ser observadas. Esta es una mera reduplicación inútil del hecho de que los estados aceptan un conjunto de reglas como obligatorias". Hart, C.O., op.cit., pág. 291

de Reconocimiento del sistema para la identificación de la validez de determinadas reglas particulares-. La relación de obediencia habitual contempla tan sólo, y no en su totalidad, la relación ciudadano/Derecho; frente a las teorías clásicas de la "jurisprudencia analítica", Hart acentúa "la otra cara del problema": de la relación ciudadano/Derecho se ha pasado a la caracterización de la actividad oficial -jueces, legisladores y funcionarios- como la explicación adecuada de la existencia de un sistema jurídico. La descripción de la relación ciudadano/Derecho debe ser complementada por una descripción de la relación relevante de los funcionarios del sistema con las reglas secundarias que les conciernen en cuanto funcionarios.(1).

La palabra "obediencia", usada para describir la conducta del grueso de la población con respecto al Derecho, no implica una aceptación de las reglas como pautas o criterios de conducta para todos aquellos a quienes se aplican. Las actitudes de los ciudadanos con respecto al Derecho pueden ser muy variadas, aunque desde un punto de vista externo puedan ser unificadas en los términos de "obediencia habitual". Por eso mismo, dada la equivocidad del término "obediencia" (cumplimiento bajo amenaza de una sanción, temor a las consecuencias, inercia social, etc.), este término no puede describir satisfactoriamente la actitud de los funcionarios frente a las reglas que ellos manejan al actuar como tales (2).

Por tanto, siguiendo a Hart, nos encontramos con dos condiciones necesarias y suficientes mínimas para la existencia de un sistema jurídico:

- 1) en primer lugar, una obediencia general por parte de la mayoría de la población a las reglas primarias que imponen deberes y obligaciones.

---

(1) Así dirá Hart: "Aquí lo crucial es que haya una aceptación oficial unificada o compartida de la regla de reconocimiento que contiene los criterios de validez del sistema", op.cit. pág. 143 (v.o. pág. 111).

(2) Y esto sería mas patente con respecto a la regla de Reconocimiento última que determina los criterios de validez de las otras normas. Dice Hart: "Para que ella exista de alguna manera tiene que ser considerada desde el punto de vista interno como un criterio común y público de decisiones judiciales correctas; y no como algo que cada juez simplemente obedece por su cuenta". Hart, op.cit., pág. 144. Es decir, la desviación frente a una de estas reglas implica una reacción crítica, ya que tal regla es una pauta o criterio de conducta para todos aquellos a quienes se aplican.

2) en segundo lugar, una aceptación efectiva por parte de los funcionarios con respecto a las reglas secundarias (Reconocimiento, Cambio y Adjudicación), como pautas o modelos públicos y comunes de conducta oficial. Esta segunda condición podría desglosarse en:

- a) aceptación de los legisladores al ajustarse a las reglas que les confieren sus potestades.
- b) aceptación de los tribunales y funcionarios al aplicar y ejecutar una regla de Reconocimiento última aceptada (1).

La obediencia a una regla (o a una orden) no implica necesariamente una aceptación moral de las propias actuaciones. Como dice Hart, "quien obedece no necesita, aunque puede, compartir el punto de vista interno que acepta las reglas como pautas o criterios de conducta para todos aquellos a quienes se aplican" (2). Ahora bien, si bien la explicación de la conducta sometida a reglas puede explicarse desde un punto de vista "externo" (descripción de la conducta de los ciudadanos que obedecen "por su cuenta"), la explicación de la conducta sometida a la regla de Reconocimiento tiene que ser con

---

(1) Sobre las condiciones de existencia de un Ordenamiento Jurídico en la obra de Hart, vid. A. Catanala, "Decisione e norme", Napoli, 1979, pág. 112, donde se subraya el carácter no-necesario de la adopción por parte de los ciudadanos del punto de vista interno. Sobre este tema, es interesante contraponer la opinión de R. Sartorius, para quien la definición de Hart acerca de la existencia de un sistema jurídico no puede reducirse a las dos condiciones subrayadas supra, ya que se trata de un concepto "cluster" ("racimo"), es decir: "few among the large cluster of conditions associated with the existence of a standard or normal case of a well developed system of municipal law are individually necessary, and these are not jointly sufficient, for the correct application of the expression 'legal system' (op.cit., pág. 174). De la misma forma, para Sartorius la expresión "Derecho válido" -concepto relacionado, como veremos, con la regla de Reconocimiento-, si bien tiene cierto poder explicativo, no puede ser definida como la conformidad de una regla, con los criterios de la regla de Reconocimiento, ya que ésta no es ni una condición necesaria ni suficiente para la validez de una regla jurídica. Dice Sartorius: "...I believe, that the concept of a valid law, like that of a legal system, is a cluster concept. Associated with the standard or normal case of a valid law, in other words, is a large cluster of conditions such that few, if any, of them are individually necessary, and these are not jointly sufficient, for the existence of a valid law", op.cit., pág. 183.

(2) Hart, op.cit., pág. 144 (v.o. pág. 112).

siderada desde el punto de vista "interno" como un criterio común y público de decisiones judiciales, legislativas o administrativas correctas: es decir, es una aceptación que implica una guía de la conducta y una evaluación crítica de las conductas desviantes (1).

Por tanto, para Hart, la afirmación de la existencia de un sistema jurídico implica un doble enunciado:

- a) por un lado, la obediencia "externa" por parte de los ciudadanos.
- b) por otro, la aceptación (obediencia "interna") de reglas secundarias como pautas o criterios comunes críticos de conducta oficial, por parte de los funcionarios (2).

Teniendo en cuenta este doble enunciado, el concepto de Regla de Reconocimiento podría ser sintetizado de la siguiente forma (3):

- 1) Una Regla de Reconocimiento es una regla que exige a los funcionarios la aplicación de reglas identificadas por criterios de validez incluidos en la propia Regla de Reconocimiento.
- 2) Todos los sistemas jurídicos tienen al menos una Regla de Reconocimiento.
- 3) Ningún sistema jurídico tiene más de una Regla de Reconocimiento - (este punto es criticado fuertemente por Raz).

---

(1) Es preciso hacer dos matizaciones: los ciudadanos también pueden aceptar, desde un punto de vista interno, las reglas primarias de obligación siendo esta aceptación mucho más valorable desde un punto de vista político que la mera obediencia externa; por otro lado, los funcionarios, fuera de su función pública, en tanto que ciudadanos, están sometidos a reglas primarias, reglas que ellos únicamente necesitan obedecer desde un punto de vista externo.

(2) En un sistema primitivo prejurídico, donde no hubiera reglas secundarias ni funcionarios, el punto de vista interno tendría que estar presente en la explicación de la conducta de los ciudadanos. En un sistema jurídico desarrollado, el punto de vista "interno" podría limitarse al mundo oficial, aunque esto, desde un punto de vista valorativo, es negativo porque implica una disociación insalvable entre el Estado y la sociedad civil. En palabras de Hart, "...podría asemejarse deplorablemente a una nación de borregos y, como éstos, terminar en el matadero" C.D.op.cit., p.146.

(3) En este punto sigo a J.Raz, "Practical Reason...", op.cit., p.146 y ss.; Raz ha discutido el concepto hartiano de Regla de Reconocimiento en "The Identity of Legal Systems", California Law Review (1971), p.795 y en "Legal Principles and the Limits of Law", Yale Law Journal, 81 (1972), p.-823.



- 4) Cada Regla de Reconocimiento es aceptada y practicada por los funcionarios del sistema al que pertenece.
- 5) No es necesario que los funcionarios estén de acuerdo, desde un punto de vista moral, con esta regla.
- 6) Un sistema (ordenamiento) jurídico consiste en el conjunto formado por su Regla de Reconocimiento y todas las reglas identificadas por ella.

El concepto de existencia de un Ordenamiento Jurídico, aparte de la inclusión de las dos condiciones mínimas -necesarias y suficientes-, debe tener en cuenta, para su comprensión, otros factores determinantes en la obra de Hart, como son el concepto de reglas primarias y secundarias, la diferencia entre el concepto de hábito y regla social, las diferencias entre reglas que imponen obligaciones o deberes y las reglas que no imponen este tipo de conducta (1), y, en última instancia, el denominado contenido mínimo de Derecho Natural (2). Como he apuntado anteriormente, Sartorius argumenta que el análisis de Hart acerca del concepto de un Ordenamiento Jurídico no puede ser elucidado mediante una definición real (3), sino que el término "Ordenamiento Jurídico" es para Hart lo que el profesor Hilary Putnam ha -

---

(1) M. Payne, "Hart's Concept...", cit., págs. 288-289.

(2) Vid. la opinión contraria mantenida por Sartorius, "Hart's Concept of Law", cit. Para Sartorius, el contenido mínimo de Derecho Natural, "is not taken by Hart to constitute a necessary definitional criterion for the existence of a legal system" (p. 173). Por otro lado, siguiendo a Sartorius, la pregunta ¿Qué es el Derecho?, tendría que desglosarse, al menos, en cuatro cuestiones diferentes: 1) ¿Qué es un Ordenamiento Jurídico?, 2) ¿Qué es el Derecho válido? 3) ¿Cuál es la esencia o naturaleza del Derecho? y 4) ¿Qué significa tener una buena razón para una decisión judicial? (pág. 162).

(3) Una crítica de la noción de definición real puede verse en Sartorius, - "Individual Conduct and Social Norms", Dickenson, California (1975), págs. 37-40. Vid. también, Hart, "Definición y Teoría en la Ciencia Jurídica", op.cit., págs 111 y ss.

denominado un "cluster concept" (1): es decir, se trata de conceptos cuyas condiciones asociadas -satisfechas en casos standards o paradigmáticos para su correcta aplicación- son individualmente necesarias pero no conjuntamente suficientes (2). La mayor parte de los críticos de la obra de Hart han coincidido en la afirmación de que el intento de analizar las condiciones de existencia de un Ordenamiento Jurídico no suponen una definición del Derecho (3).

El análisis de Hart acerca de la existencia de un Ordenamiento Jurídico plantea numerosos problemas teóricos y de interpretación (4). La gran limitación del concepto de aceptación de una regla social -en este contexto, se trata de la aceptación por parte de los funcionarios de la regla de Reconocimiento que suministra los criterios de validez o pertenencia del resto de las reglas del Ordenamiento Jurídico- es que, aunque es una condición necesaria para la existencia de las reglas de obligación, no es una condición suficiente. La noción de aceptación no permite distinguir a Hart entre un sistema jurídico basado exclusivamente en términos de poder y un sistema jurídico basado en términos de autoridad (5). La noción de aceptación de una

- 
- (1) Vid. Putnam. "The Analytic & the Synthetic", 3 Minnesota Studies in the Philosophy of Science, p.378 (H. Feigl & G. Maxwell eds., 1962). Un reciente intento que analiza el término "Ordenamiento Jurídico" como un "cluster concept" se puede ver en M.P. Golding, "Philosophy of Law", Prentice-Hall, New Jersey, 1975, págs. 6-17.
  - (2) Una diferenciación de los "cluster concepts" y de las "family resemblances" de Wittgenstein ("Philosophical Investigations", para, 67, 1953; he consultado la edición de 1978, Basil Blackwell, Oxford) puede verse en Sartorius, "The Concept...", cit., p.172-173 y "Individual...", cit., p. 37-40.
  - (3) Así, por ej., vid. sobre esta discusión, R.S. Summers, "Professor H.L.A. Hart's Concept of Law", op.cit., p.645, y ss; B.E. King, "The Basic Concept...", op.cit., pág.274.
  - (4) Un excelente resumen crítico sobre este tema puede verse en M. Payne, - op.cit., págs. 316-319.
  - (5) Vid. Hart, "C.D.", op.cit., p.250-251: "...la noción de una regla de reconocimiento aceptada... es una condición necesaria de la existencia del poder coercitivo que por lo menos algunos tienen que cooperar voluntariamente en el sistema y aceptar sus reglas... el poder coercitivo del derecho presupone su autoridad aceptada... la dicotomía de "derecho basado meramente en el poder" y "derecho aceptado como moralmente obligatorio" no es exhaustiva".

regla social permite diferenciar a Hart entre el Derecho basado en el poder y la idea del Derecho basado en la moral: Hart intenta fundamentar el poder coercitivo del Derecho en la autoridad aceptada de los funcionarios del sistema jurídico, y establecer la obligación jurídica sobre el pacto de aceptación a priori de las reglas primarias de obligación por los ciudadanos. Pero, como ha dicho M. Payne (1), "neither acceptance nor Hart's concept of authority will yield the idea of obligation". Es decir, las dos condiciones mínimas, necesarias y suficientes para la determinación de la existencia de un Ordenamiento Jurídico permiten la idea de un sistema jurídico basado exclusivamente en términos de poder respaldado por amenazas, modelo jurídico que Hart había rechazado expresamente al criticar el "modelo imperativo" de J. Austin, modelo claramente inconsistente con la caracterización de Hart de las reglas de obligación (2).

Si el concepto del Ordenamiento Jurídico no está basado únicamente sobre la idea de poder (3), se necesita —como Hart ha demostrado— la idea de una regla normativa. La alternativa a la idea del Derecho basado en el poder, es la idea del Derecho basado en la autoridad, cuyo concepto es complejo y controvertible. Toda regla normativa que impone obligaciones debe ser justificada: en el caso de una regla jurídica, la última justificación se podrá encontrar en la Constitución o, según la terminología de Hart, en la regla de Reconocimiento. Ahora bien, la cuestión de la legitimidad de la Constitución o de la regla de Reconocimiento —es decir, la cuestión acerca de su autoridad para imponer obligaciones jurídicas— es un problema que no concierne a la teoría del Derecho, sino a la filosofía política. Por tanto, la dificultad teórica en el análisis de las dos condiciones mínimas de la existencia de un Ordenamiento Jurídico radica en la naturaleza de la obligación y autoridad política que subyace bajo esta concepción, análisis ausente en el planteamiento de Hart.

---

(1) Payne, op.cit., pág. 318.

(2) Sobre la similitud, a pesar de la revisión crítica de Hart, entre Hart y Austin, vid., A.T.Kronman, op.cit., pág. 587

(3) Sobre este tema, vid. Gregorio Peces-Barba, "Reflexiones sobre Derecho y Poder", en Libertad, Poder, Socialismo, Civitas, Madrid, 1978, pgs. 219-239.

### 8.2.3. Patología de los Ordenamientos Jurídicos

En un sistema jurídico pueden presentarse situaciones patológicas, es decir, situaciones que pueden alterar la relación entre el reconocimiento - oficial de los criterios de validez y la obediencia general de los súbditos (1). Tales situaciones pueden afectar a cualquiera de los dos factores necesarios para la existencia de un sistema jurídico: o bien afecta a la obediencia general de los súbditos (punto de vista externo), o al reconocimiento - oficial de los criterios de validez (punto de vista interno) (2). Hart analiza, fundamentalmente, tres tipos de problemas.

a) en primer lugar, el clásico problema jurídico de la restauración de un régimen político interrumpido por algún período de tiempo. En este caso, Hart plantea una distinción para la resolución o interpretación de los problemas jurídicos que pueden surgir: una cosa es los enunciados de derecho - de un sistema jurídico, y otra bien distinta los enunciados fácticos sobre la existencia del sistema, hechos desde un punto de vista externo. Tales tipos de enunciados no pueden estar en conflicto, debido a sus diferentes valores semánticos: los enunciados fácticos sobre la existencia de un determinado sistema jurídico pueden ser verdaderos o falsos, mientras que las proposiciones de derecho pueden ser, simplemente, correctas o incorrectas (3).

- 
- (1) Como hemos visto, para que exista un sistema jurídico es necesaria la - congruencia del sector oficial y el privado, es decir, que las reglas reconocidas como válidas al nivel oficial sean generalmente obedecidas.
  - (2) Tales situaciones, pueden ser desde las revoluciones y la ocupación enemiga, hasta la simple quiebra del orden jurídico. V.Hart, op.cit., págs. 146 y ss. Para el concepto jurídico de "revolución" es interesante la obra de M.A.Cattaneo "Il concetto di rivoluzione nella scienza del diritto", Instituto Editoriale Cisalpino, Milán, 1960, (hay trad.cast. en Depalma, Buenos Aires, 1968 con el título "El concepto de Revolución en la Ciencia del Derecho").
  - (3) El ejemplo que propone Hart es el siguiente: "No tenemos la menor duda de que el sistema jurídico que existe en el territorio de la Unión Soviética no es el del régimen zarista. Pero si una ley del Parlamento británico declara que el derecho de la Rusia zarista es todavía el derecho - del territorio ruso, ello, en verdad, tendría significado y efectos jurídicos como parte del derecho inglés relativo a la Unión Soviética, pero no afectaría la verdad del enunciado de hecho contenido en nuestra - última frase. La fuerza y significado de esa ley consistiría simplemente en determinar el derecho a ser aplicado en los tribunales ingleses, y - por lo tanto en Inglaterra, a los casos que tubieran un elemento ruso". Hart, C.D. op.cit., págs. 148 y 149.

b) En segundo lugar, los problemas jurídicos surgidos en la transición cuando un nuevo ordenamiento jurídico emerge del seno de uno anterior. Hart propone el ejemplo de las colonias inglesas emancipadas de la Commonwealth: las sanciones del legislativo de estas colonias no son ahora válidas porque constituyen el ejercicio de potestades conferidas por una ley válida del Parlamento inglés. Son válidas -dirá Hart- "porque, de acuerdo con la regla de reconocimiento localmente aceptada, la sanción por parte de la legislatura local es un criterio último de validez" (1). En este caso, aunque en realidad el sistema jurídico de la colonia sea independiente de la metrópoli, el sistema de esta última puede no reconocer este hecho, es decir, el derecho de la colonia no es reconocido en los tribunales ingleses como un sistema jurídico independiente con su regla de reconocimiento último de carácter local; como hemos dicho antes, aquí hay dos tipos de enunciados que no pueden estar en conflicto: un enunciado de hecho verdadero (la colonia es independiente y tiene una regla de reconocimiento última de carácter local) y un enunciado de derecho correcto en el derecho inglés.

c) en tercer lugar, Hart analiza parte de los problemas jurídicos que pueden surgir cuando la unidad de los funcionarios -al formular enunciados internos de validez- se quiebra parcialmente (2). Sin embargo, en este caso, la flexibilidad de los sistemas jurídicos es muy amplia y elástica. Como dice Hart "...Mientras la población no se dividiera y no desaparecieran 'el derecho y el orden', sería equívoco decir que el sistema jurídico originario había dejado de existir" (3).

---

(1) Hart, C.D., op.cit., pág. 150.

(2) El ejemplo que pone Hart en este caso data de 1952, refiriéndose a las dificultades constitucionales ocurridas en Sudáfrica en el caso Harris vs. Oñges; en este caso surgieron oscilaciones interminables entre dos apreciaciones (tribunales ordinarios y tribunales de apelación nombrados "ad hoc" por el ejecutivo) de la competencia de la legislatura, y por ello, de los criterios del derecho válido.

(3) Hart, op.cit., pág. 152.

#### B.2.4. Concepto de VALIDEZ y EFICACIA. Concepto de "aceptación".

##### B.2.4.1. Introducción.

El concepto de validez puede ser explicado de forma más esclarecedora teniendo en cuenta las anteriores distinciones, y partiendo del concepto de Regla de Reconocimiento.

Hart contrapone la formulación de un enunciado interno de aceptación ("uso") a un enunciado externo que afirma que una regla es aceptada ("mención"); el primer tipo de enunciados es característico del reconocimiento - válido de las reglas, particulares de un Ordenamiento Jurídico. Los enunciados de validez de las normas particulares son enunciados internos -aunque - no siempre- que aplican a las reglas particulares de un sistema jurídico una regla de Reconocimiento no expresada pero aceptada. Decir, por lo tanto, - que determinada regla es válida es reconocer que satisface todos los requisitos establecidos en la Regla de Reconocimiento, siendo como consecuencia una regla del sistema (1).

La relación entre "validez" y "eficacia" ha sido una de las constantes teóricas del pensamiento jurídico a partir de Kelsen. Para Hart, el concepto de eficacia alude al hecho de que una norma jurídica primaria (que impone obligaciones) es más frecuentemente obedecida que desobedecida. Por tanto, al decir que una norma jurídica es válida -es decir, una regla que satisface todos los criterios establecidos por la regla de Reconocimiento- no - estamos afirmando necesariamente su eficacia (2). Ahora bien, este tipo de

---

(1) Hart, C.D., op.cit., p. 100 (trad., 129): "Podemos en verdad decir simplemente que el enunciado de que una regla particular es válida significa que satisface todos los criterios establecidos por la regla de reconocimiento.

(2) Hay una excepción señalada por el propio Hart: es el caso de que la regla de Reconocimiento del sistema incluya entre sus criterios de validación una regla de "desuso", por ejemplo: "ninguna regla ha de valer como regla del sistema si hace mucho tiempo que ha dejado de ser eficaz". Vid., Hart, C.D., op.cit., pág. 100 (trad. pág. 130).

eficacia particular tiene que distinguirse de la eficacia general de todo - un sistema jurídico, es decir, de la inobservancia general de las reglas del sistema. En condiciones normales, el enunciado interno referente a la validez de una regla particular de un Ordenamiento jurídico presupone la verdad del enunciado fáctico externo de que el sistema es generalmente eficaz (1).

#### B.2.4.2. Validez jurídica y Validez moral.

Parte Hart de la tesis de que la existencia de un sistema jurídico es un fenómeno social que presenta siempre dos aspectos, dualidad que ha de tenerse en cuenta si queremos describir y explicar correctamente el concepto de un Ordenamiento jurídico. Por un lado, la existencia de un sistema jurídico implica una serie de actitudes y conductas que aceptan voluntariamente - las reglas; por otro lado, también implica las actitudes y la conducta sujetas a la mera obediencia o aquiescencia. De esta forma, desde el punto de - vista de los destinatarios de las normas jurídicas, se podría establecer una doble dimensión:

- a) sujetos que aceptan las reglas jurídicas desde el punto de vista in terno como pautas o criterios de conducta aceptados.
- b) sujetos a quienes estas pautas jurídicas tienen que serles impuestas por la fuerza o mediante amenazas de fuerza (2).

Claro está que esta división de las actitudes frente al Derecho no pre tende ser una dicotomía, y entre ellas, por tanto, podemos encontrar diversas combinaciones incluso en un mismo ciudadano.

---

(1) "...el uso normal de enunciados internos tienen lugar en tal contexto de eficacia general", Hart, C.D., op.cit., p. 102 (trad., p. 130).

(2) Hart, C.D., op.cit., p.249. Así, en este segundo caso, a diferencia del primero, los sujetos destinatarios de las normas se interesan por las reglas simplemente como fuentes de posibles castigos: las reglas son, - desde este punto de vista, predicciones de lo que los funcionarios harán si se desobedecen. Esta teoría "predictiva" de la validez, defendida am pliamente por el realismo jurídico americano, es criticada por Hart en base a su teoría del "punto de vista interno". V.Hart, op.cit., p. 130. Al exponer más adelante distintos modelos de validez jurídica comparati vamente con el modelo de Hart, analizaremos este problema.

Es evidente que en los sistemas que Hart denomina "prejurídicos" —es decir, aquellos sistemas que sólo tienen reglas primarias que imponen deberes y obligaciones —el factor de la obediencia y apoyo por parte de los ciudadanos es fundamental para determinar la existencia de tal sistema. Sin embargo, en los sistemas jurídicos desarrollados, con una legislatura centralizada, tribunales, funcionarios y sanciones, con unas reglas secundarias que —posibilitan la adaptación frente a los cambios, la certeza y la eficacia, —la condición de obediencia y apoyo por parte de los ciudadanos se diluye, —no siendo ya tan imprescindible; como dice Hart, "...El precio es el riesgo de que el poder centralmente organizado puede ser empleado para la opresión de muchos, cuyo apoyo no le resulta imprescindible, de una manera que el régimen más simple de reglas primarias no podía llevar a cabo" (1).

De este riesgo surge la pretensión de una posible conexión del Derecho y la Moral: Hart ha analizado este problema al referirse a la tesis de la —separación conceptual entre el Derecho y la Moral (2), y al denominado "contenido mínimo de Derecho Natural" (3). Sin embargo, al plantear el problema de la validez jurídica y su separación conceptual con la validez moral, Hart analiza seis posibles formas de conexión entre el Derecho y la Moral (4) enumerándolas bajo los siguientes epígrafes:

- 1) Poder y Autoridad.
- 2) Influencia de la moral sobre el Derecho.
- 3) Interpretación.
- 4) Crítica del Derecho.
- 5) Principios de legalidad y justicia.
- 6) Validez jurídica y resistencia al Derecho.

---

(1) Hart, C.D., op.cit., págs. 249 y 250.

(2) Este tema será analizado en el apartado 8.3.2.

(3) Este tema será analizado en el apartado 8.3.2.7.

(4) Hart, C.D., op.cit., págs. 250 y ss.



1) El poder coercitivo del Derecho presupone una cooperación voluntaria y una aceptación de las reglas del sistema por parte de la mayoría de los destinatarios de las normas - si bien esta condición es necesaria, no es suficiente para explicar el funcionamiento de los sistemas jurídicos desarrollados-. Así, el Derecho no es sólo Poder, sino también Autoridad. Ahora bien, la aceptación de la Autoridad no puede identificarse con la aceptación moral de la Autoridad. Aunque la aceptación implica la formulación de enunciados desde el punto de vista interno, usando un lenguaje normativo que es común al Derecho y a la moral ("Yo (tú) debo (debes)"; "yo (él), tengo que (tiene que)", "Yo (ellos) tengo (tienen) una obligación" (1), esta formulación de enunciados no compromete a un juicio moral en el sentido de que es moralmente correcto hacer lo que el Derecho prescribe. La presunción de obligatoriedad jurídica no implica la aceptación de una obligación moral. Su conexión puede ser contingente, no conceptual (2).

2) La influencia de la moral sobre el proceso de creación y aplicación del Derecho es evidente. En algunos sistemas, los criterios últimos de validez jurídica incorporan explícitamente principios de justicia o valores morales sustantivos -debe quedar claro que deben su carácter jurídico al hecho contingente de su incorporación al Ordenamiento Jurídico. Como dice Hart, - "Ningún 'positivista' podría negar que estos son hechos, o que la estabilidad de los sistemas jurídicos depende en parte de tales tipos de concordancia con la moral. Si es esto lo que se quiere decir al hablar de la conexión necesaria del derecho y la moral, su existencia debe ser concedida" (3).

3) En el proceso de interpretación de las normas jurídicas para su aplicación a casos particulares, la textura abierta del Derecho deja un campo - amplio de acción a la labor de los jueces, no estando "limitados a la alter

---

(1) En la versión original al lenguaje empleado es el siguiente: "I (you) - ought, I (he) must, I (they) have an obligation". Hart, op.cit., pág. - 199 (v.o.)

(2) Sobre este punto vid. E. Roma, "Positivism and the Connection of Law and Morality", ARSP. 1972, pgs. 397-419, para el que la aceptación del punto de vista interno de las reglas jurídicas presupone una racionalidad moral extrajurídica que se halla en conflicto con la definición hartiana de validez jurídica.

(3) Hart, op.cit., pág. 252.

nativa entre una elección ciega y arbitraria, por un lado, y la deducción - "mecánica", a partir de reglas con significado predeterminado, por otro" (1). Entre estos dos extremos -propios, el primero, del realismo americano, y el segundo, del positivismo jurídico formalista del s. XIX-, los jueces tienen un grado elevado de ponderación y equilibrio en su esfuerzo por hacer justicía en medio de intereses en conflicto (2). Ahora bien, del hecho social de que ciertos principios "morales" influyen en la conducta de los jueces no se puede deducir lógicamente una conexión necesaria entre el Derecho y la Moral, ya que "esos mismos principios han recibido casi tanta transgresión como acatamiento" (3).

4) Frecuentemente, la tesis de la conexión necesaria entre el Derecho y la Moral se traduce en el siguiente enunciado: un buen sistema jurídico - tiene que adecuarse a las exigencias de la justicia y la moral. Independientemente de las dificultades que se pueden presentar en la objetividad del - razonamiento moral, una cosa es la existencia de un Ordenamiento jurídico - con su estructura característica de reglas primarias y secundarias- y otra bien distinta es la valoración de un Ordenamiento jurídico en términos de justicia. La identificación de ambos enunciados no esclarece -sino todo lo contrario- el razonamiento acerca de la identidad, existencia y estructura de los sistemas jurídicos.

5) Considerando al Derecho como una técnica de control social, Hart - acepta un mínimo de condiciones formales para su eficacia, condiciones que los juristas ingleses y americanos han denominado a veces "principios de Justicia Natural" o "principios de legalidad" para los juristas continentales:

---

(1) Hart, op.cit., p.252. El tema de la "textura abierta" del Derecho es - planteado por Hart al final de su capítulo sobre los fundamentos de validez de un Ordenamiento jurídico (cap. VI, pgs. 125-153) y desarrollado, posteriormente, en el cap. siguiente (especialmente, pgs. 155-169).

(2) Entre las virtudes judiciales específicas, Hart destaca: imparcialidad y neutralidad al examinar las alternativas, consideración de los intereses de todos los afectados, y desarrollo de algún principio general aceptable como base razonada de la decisión. Hart. C.D., op. cit. pág. 253.

(3) Hart, op.cit., pág. 253.

las reglas han de ser inteligibles, pueden ser obedecidas por la mayoría y, en principio, no deben ser retroactivas. Estos principios de justicia procesal han sido denominados "moral interna del Derecho" (1). Sin embargo, el - que un Ordenamiento Jurídico cumpla estas exigencias no imposibilita - como la Historia nos lo ha recordado sucesivas veces- ni es incompatible con la injusticia y la opresión.

6) De la injusticia e iniquidad de las normas jurídicas no podemos derivar -si no queremos incurrir en graves errores teóricos- su invalidez jurídica (2). El enunciado "Esto no es derecho pues es demasiado injusto" podría ser traducido, si queremos tener una visión esclarecedora de la existencia de un Ordenamiento Jurídico en el enunciado siguiente propuesto por Hart (3): "Esto es derecho; pero es demasiado inicuo para ser aplicado u obedecido". Conocidos son los problemas jurídicos surgidos después de la II - Guerra Mundial al interpretar las normas y resoluciones judiciales del Régimen Jurídico Nazi (4). De ello Hart plantea la posibilidad de configurar dos conceptos antagónicos del Derecho: a) por un lado, un concepto amplio que describe el Derecho según los criterios formales de un sistema de reglas - primarias y secundarias y b) por otro lado, un concepto restringido que excluye del significado de "Derecho" las reglas moralmente ofensivas (o bien contra la moral social o contra una pretendida moral "verdadera").

- 
- (1) Este tema es desarrollado al analizar la tesis de la separación conceptual entre el Derecho y la Moral y la polémica Hart-Füller. La denominación "moral interna del Derecho" se debe precisamente al profesor norteamericano citado.
- (2) La diferencia conceptual entre el ser y el deber ser en el Derecho ha sido tratada por numerosos autores. Como simple referencia podemos citar a dos; dentro del ámbito de la cultura jurídica anglosajona: "The existence of law is one thing; its merit or demerit another" (Austin, "The - Providence of Jurisprudence Defined", Lecture V, pp.184-6, London, 1954); "The Law of a State is not an ideal but something which actually exists ....it is not that which ought to be, but that which is" (Gray, "The Nature and Sources of the Law", Beason Press, Boston, 2nd, edn.1963,s.213).
- (3) Hart, op.cit., pág.256.
- (4) Este tema ha sido tratado ampliamente al analizar la polémica Hart-Füller.

El uso de uno u otro concepto determinará nuestra tesis acerca de la conexión entre el Derecho y la Moral; esta elección estará determinada, fundamentalmente, por la capacidad explicativa y clarificadora de los problemas jurídicos y morales que tengamos al usar cada concepto. Hart argumenta a favor del primer concepto diciendo que la pretensión de considerar a las normas jurídicas como inválidas no conduce a resolver ningún problema, ni teórico ni práctico. Sin embargo, si adaptamos el primer concepto, la validez de una norma jurídica nunca resolverá la cuestión de su obediencia, sometida en última instancia a un examen moral. Dice Hart: "Esta idea de que fuera del sistema oficial hay algo que, en última instancia, deberá proporcionar al individuo el criterio para resolver sus problemas de obediencia, es más probable, por cierto, que permanezca viva entre quienes están acostumbrados a pensar que las reglas jurídicas pueden ser inicuas, que entre quienes piensan que en ningún caso algo inicuo puede tener "status" de derecho"(1).

Aparte de este razonamiento, el negar reconocimiento jurídico a las reglas injustas puede simplificar distintas cuestiones morales (por ejemplo, no es lo mismo el problema moral de obediencia y el problema socrático del sometimiento al castigo). Termina Hart diciendo: "Un concepto de Derecho que permite distinguir entre la invalidez de las normas jurídicas y su inmoralidad, nos habilita para ver la complejidad y variedad de estas distintas cuestiones; mientras que un concepto restringido que niega validez jurídica a las reglas inicuas puede cegarnos frente a ellas" (2).

#### B.2.4.3. Análisis crítico y cuadro comparativo del concepto de validez

El término "validez" es un concepto de gran ambigüedad, tanto si es utilizado para calificar una norma jurídica individual como la totalidad de un Ordenamiento Jurídico. Para Hart el concepto de validez es sinónimo de -

---

(1) Hart, C.D., op.cit., págs.260.

(2) Hart, C.D., op.cit., pág.261.

los criterios de pertenencia de las normas a un Ordenamiento jurídico determinado: la validez de una norma se identifica con su pertenencia a un sistema (1).

El criterio de pertenencia que propone Hart estipula que una norma pertenece a un determinado Ordenamiento Jurídico cuando su aplicación está prescrita por la Regla de Reconocimiento de ese Ordenamiento Jurídico. Del mismo modo, el criterio de individualización (es decir, el criterio que permite distinguir un sistema jurídico de otro) que Hart sostiene, establece que un determinado Ordenamiento Jurídico se distingue de otro por el hecho de que la aplicación de todas sus normas está directa o indirectamente prescrita por una Regla de Reconocimiento diferente de la que prescribe aplicar las normas del otro. Hart piensa que de la Regla de Reconocimiento no tiene sentido predicar validez o invalidez, puesto que ella sirve precisamente para determinar cuando son válidas las demás normas. Preguntarse por la validez de la Regla de Reconocimiento es, dice Hart, como preguntarse si el metro patrón de París —que sirve para determinar la corrección de todas las medidas del sistema métrico— es, en sí mismo, correcto.

El concepto de validez en la obra de Kelsen es un concepto cuya ambigüedad es destacada por la mayoría de sus críticos (2). Dice Kelsen: "Por validez entendemos la existencia específica de las normas. Decir que una norma es válida equivale a declarar su existencia o —lo que es lo mismo— a reconocer que tiene "fuerza obligatoria" frente a aquellos cuya conducta regula (3). Se puede decir que Kelsen entiende por validez dos cosas: por un la

---

(1) V.C.Santiago Nino, "Introducción al análisis del Derecho", 2ª ed. Edt.-Astrea, Buenos Aires, 1980, pg. 113. Vid también A.Peczenik, "The structure of a Legal System", *Rechtstheorie* 1/1975, pgs. 1-16.

(2) A modo de ejemplo, véase C.Santiago Nino, "Some Confusions around Kelsen's Concept of Validity", *ARSP*, bd. LXIV/3, 1978, p.357-376; A.Calsamiglia, "Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica", Ariel, Barcelona, 1977, pg. 127; J.Raz, "Kelsen's theory of the Basic Norm", *American Journal of Jurisprudence*, 1974, p.94-111 y "The Identity of Legal Systems", *59 California Law Review* (1971), p.795-815 (ahora en "The Authority of Law," op.cit.).

(3) "General theory of Law and State", Harvard University Press, 1945; cito por la trad., "Teoría General del Derecho y del Estado, Universidad Nacional Autónoma de México, 2ª reimpresión de la 2ª ed., 1979, p.35).

do Kelsen usa un concepto puramente descriptivo de validez, ajeno a la justificación o fuerza obligatoria de una norma o sistema jurídico; por otro, - Kelsen emplea un concepto normativo de validez, identificando la validez de una norma no sólo con su existencia sino también con su fuerza obligatoria: la existencia de las normas consistiría en su específico significado normativo, con absoluta independencia de que la norma llegue a ser cumplida o no. Para Kelsen, predicar la validez de una norma o de un sistema jurídico es - afirmar que "las normas jurídicas son obligatorias, que los hombres deben - conducirse como éstas lo prescriben, y que deben obedecer y aplicar las - mismas normas" (1); al negar la validez de una norma se niega su existencia -una norma que no es obligatoria no existe, y viceversa-; puesto que para - Kelsen la validez de una norma sólo puede derivarse de otra norma, y nunca de un hecho, cada juicio que se haga sobre la validez de una norma implica necesariamente, un previo juicio de validez sobre la norma de la que aqué-lla deriva, y así sucesivamente hasta llegar a la validez de la norma superior del sistema, sobre quien se formula un previo juicio normativo de validez que establezca hipotéticamente la validez de la "norma fundamental" (2).

He querido resumir muy brevemente el concepto de validez en Kelsen, - sin hacer referencia a un exámen detallado de las revisiones críticas a las que ha sido sometido, para enmarcar -como introducción- el desarrollo del - concepto de validez en Hart. Tanto el concepto de validez como existencia, como el concepto de validez como obligatoriedad, van a ser rechazados por - Hart, al menos en el sentido que les había dado Kelsen (3).

---

(1) Kelsen, "Teoría General...", op.cit., pág. 46.

(2) Mientras que Calsamiglia señala sólo el doble aspecto de existencia -obligatoriedad en el concepto Kelseniano de validez, Nino demuestra cómo las tres proposiciones implícitas en la idea clásica de validez (validez como existencia, validez como fuerza obligatoria y validez como concepto normativo) se reproducen, con algunas variaciones, en la obra de Kelsen (op.cit. págs. 358-362). Una defensa del concepto normativo de validez y de su pretendida compatibilidad con una teoría positivista del Derecho puede verse en las obras anteriormente citadas de J.Raz.

(3) Sobre la revisión de Hart al concepto de validez de Kelsen, v. páginas siguientes.

Sin duda alguna la revisión hartiana del concepto de validez formulada por Ross se encuentra en la breve recensión de Hart a la obra de Ross, - "Sobre el Derecho y la Justicia", publicada el año 1959 en "The Cambridge - Law Journal" (1). En esta recensión, Hart analiza cuatro cuestiones importantes:

- a) crítica a la tesis de la irracionalidad de los juicios morales.
- b) crítica al concepto de validez jurídica.
- c) formulación del doble aspecto interno-externo del Derecho.
- d) problemas concernientes a la interpretación judicial.

En este apartado haré referencia a las cuestiones b) y c) sin prejuicio de que el apartado c) haya sido y sea tratado en otros apartados de la presente tesis.

En primer lugar, Hart expone brevemente la tesis de Ross sobre el concepto de validez jurídica; para el profesor escandinavo, dice Hart, todos los enunciados que no puedan ser analizados como enunciados de hecho o como expresiones de un sentimiento, deben ser considerados como enunciados "metafísicos" (2). Para Ross, el análisis del concepto de validez, así como el de otras nociones jurídicas, debe tomar una de estas dos formas:

a) o bien se refiere "to the actual future behaviour and feelings of people (mainly judges)".

b) o bien debe referirse a alguna cualidad misteriosamente inobservable "which some rules have and others lack" (3). Mientras el enunciado a) es un enunciado jurídico -como predicción del comportamiento judicial o como expresión de un sentimiento-, el enunciado b) es un enunciado metafísico, propio de la interpretación Kelseniana del Derecho como conjunto de proposiciones de "deber".

---

(1) "Scandinavian Realism", 17 Cambridge Law Journal, 1959, p.233-240; obsérvese que esta publicación precede en dos años al "Concepto de Derecho".

(2) "Scandinavian Realism", op.cit., pág. 236.

(3) "Scandinavian Realism", op.cit., pág. 236.

Para Ross, las reglas jurídicas son esencialmente directivas dirigidas a los tribunales para aplicar sanciones bajo determinadas condiciones. Decir que una regla es válida equivale a decir:

- 1) que los tribunales las aplicarán bajo unas condiciones específicas o, que al menos lastendrán en cuenta como esquema de interpretación en la búsqueda de sus decisiones.
- 2) los tribunales actuarán así porque tienen una "experiencia emocional de ser obligados" por las reglas.

Para Ross, en interpretación de Hart, "a valid law is verifiable hypothesis about future judicial behavior and its special motivating feeling".-

(1). Para Hart, pues, el análisis de Ross, aparte de su referencia al "sentimiento" y a la concepción de las reglas jurídicas como "esquemas de interpretación" como base de la predicción, no difiere en gran manera con el análisis del Realismo americano, doctrina que sostiene que los enunciados sobre deberes y derechos jurídicos deben ser considerados como predicciones de la conducta oficial. Hart plantea dos objeciones al análisis de Ross:

- 1) en primer lugar, el enunciado "Esto es una regla válida del Derecho X", pronunciado por un abogado o por un ciudadano ordinario, es - una predicción de lo que un juez hará, dirá o sentirá; pero no puede significar lo mismo en el caso de un juez no comprometido en - predecir, o bien con respecto a su propia conducta o sentimiento, o a la conducta o sentimiento de otros. El enunciado "Esto es una regla válida de Derecho" dicho por un juez es un acto de reconocimiento; al pronunciar este enunciado, el juez reconoce la regla en cuestión como un determinado criterio satisfactorio generalmente - aceptado para su admisión como regla del sistema y, por tanto, como standard jurídico de comportamiento.
- 2) En segundo lugar, aunque los enunciados no-judiciales de la forma "X es una regla válida" sean siempre predicciones del futuro sentimiento y comportamiento judicial -pretensión ésta que sólo podría

---

(1) "Scandinaviam Realism", op.cit., pág. 237.



ser aceptada con muchas reservas-, la base para tales predicciones es el conocimiento de que los jueces usan y comprenden el enunciado "esto es una regla válida" en un sentido no predictivo (1).

Hart deriva de aquí su importante distinción entre aspecto interno y aspecto externo en el análisis de los actos sujetos a reglas sociales. Para Hart, el error de Ross consiste en presentar el aspecto interno de las reglas como una cuestión de "emociones" o "sentimientos", como una especie de experiencia psicológica. Para Hart, la elucidación del aspecto interno de cualquier discurso normativo exige las proposiciones que Kelsen denominó "proposiciones de deber" ("ought-propositions"), y que Ross las había rechazado al considerarlas como enunciados "metafísicos". Dice Hart: "In fact the elucidation of the internal aspect of any normative discourse requires such propositions, and if we carefully study them we shall see that there is nothing "metaphysical" about them, though their "logic" or structure is different from statements of fact or expressions of feeling" (2).

Hart divide radicalmente estos dos tipos de enunciados (3): un observador externo que no acepta las reglas de un determinado grupo social puede describir el hecho de que el grupo se comporta de manera uniforme y reacciona regularmente a las desviaciones de forma adversa u hostil -prediciendo- de esta manera el futuro comportamiento del grupo y la futura reacción de los oficiales mediante enunciados externos de hecho acerca del grupo y de la eficacia de las reglas-; sin embargo, el grupo social que sigue unas determinadas reglas y no un conjunto de hábitos convergentes, usa expresiones de un tipo diferente:

"These expressions do not state the fact that they follow or will follow regular patterns of behaviour; but members of the group use these expressions in the criticism of their own and each other's conduct by reference to the regular patterns of behaviour which they accept as a standard. -

---

(1) "Scandinavian Realism", op.cit., pág. 237.

(2) "Scandinavian Realism", op.cit, pág. 237.

(3) "Scandinavian Realism", op.cit., pág. 237 y ss.

They do not merely react to desviations from the regular pattern in a predictable adverse manner but treat desviations as a reason for such reaction - and demands for conformity as justified" (1). Así, este tipo de enunciados requiere un lenguaje normativo ("ought", "must", "should", "may", "right", "wrong", "duty", "obligation") que es fácilmente distinguible de los enunciados externos de hecho que simplemente predicen comportamientos de acuerdo con pautas de conducta: "they are internal statements in the sense that they manifest acceptance of the standards and use and appeal to them in various ways" (2). Aunque el sujeto que usa este tipo de enunciados puede acompañarlos de un "cierto sentimiento de compulsión", esta reacción psicológica no es necesaria ni suficiente para explicar el uso normativo de los enunciados que expresan una conducta crítica que no sólo reclama determinados comportamientos sino que se autojustifica en sus reacciones hostiles frente a las desviaciones de los standards aceptados.

Para Hart, el error de Ross consiste en considerar los enunciados de validez jurídica como enunciados externos de hecho que predicen el comportamiento y sentimiento judicial. Ahora bien, los enunciados internos ("Esto es una regla válida") como enunciados distintos de los enunciados predictivos externos (En Inglaterra se seguirá esta regla") sólo tienen sentido en un sistema normativo que contenga no sólo reglas primarias de conducta, sino reglas de reconocimiento que identifiquen las reglas primarias como pertenecientes al propio sistema. Por ejemplo, los criterios de identificación en Inglaterra podrían ser formulados de la siguiente forma: "What the Queen in Parliament enacts is a legal standard of behaviour" (3).

El concepto de validez jurídica es comparado por Hart con el uso del tanteo en un juego por parte de un árbitro: "When the scorer records a run or goal he is using an accepted, unstated rule in the recognition of critical phases of the game which count towards winning" (4). Ahora bien, los -

---

(1) "Scandinavian Realism", op.cit., pág. 238.

(2) "Scandinavian Realism", op.cit., pág. 238.

(3) "Scandinavian Realism", op.cit., pág. 239.

(4) "Scandinavian Realism", op.cit., págs. 239.

enunciados normativos internos son usados en un contexto normal de aceptación general de las reglas y eficacia del sistema (1).

El profesor Ross contestó brevemente a algunas de las objeciones críticas planteadas por Hart (2). En primer lugar, había que decir que para Ross el concepto de validez tiene -al menos- tres significados diferentes que -cumplen tres funciones distintas (3):

1) Una función interna, en el sentido de que afirma que un acto es vá lido es afirmar algo según un sistema de normas dado. El enunciado es un ju cio jurídico que aplica reglas jurídicas a determinados hechos.

2) En segundo lugar, el término es usado en la teoría general del Dere cho para indicar la existencia de una norma o de un sistema de normas. La - validez de una norma en este sentido significa su existencia efectiva o rea lidad. Esta función es externa en el sentido de que afirmar que una regla, o un sistema de reglas, existe, "es afirmar algo acerca de la regla o del - sistema". El enunciado, a diferencia del anterior, no es un juicio jurídico sino una aserción fáctica que se refiere a un conjunto de hecho sociales.

3) En tercer lugar, el concepto de "validez" es usado para significar una cualidad apriorística, específicamente moral, llamada también "fuerza - obligatoria" del Derecho, que da lugar a su correspondiente obligación moral.

Ross rechaza el concepto de validez de Kelsen al considerarlo como un concepto normativo cuya función consiste en reforzar el orden jurídico y la

---

(1) Aunque algunas veces, señala Hart, también pueden ser usados cuando un profesor de Derecho explica el contenido de un Ordenamiento Jurídico no vigente, como el Derecho Romano clásico. Asimismo, dice Hart, : "...this normal context of efficacy presupposed in the making of internal statements must be distinguished from their normative meaning of content".

(2) Ross, "Validity and the conflict between legal positivism and natural - law", publicado en texto bilingüe en la "Revista Jurídica de Buenos Ai- res", 1961, IV, págs. 46-93 con el título: "El concepto de validez y el concepto entre el positivismo jurídico y el Derecho Natural". Citaré por su reedición en el libro "El concepto de validez y otros ensayos", A. - Ross, Centro Editor de America Latina, Buenos Aires, 1969, pgs. 4-32. Tam bién vid. la recensión crítica de Ross al libro "El Concepto Derecho", Yale Law Journal, 1962, pgs. 1185-1190.

(3) Ross, op.cit., pág. 26.

ideología sustentadora de la autoridad del Estado (1). Con respecto a Hart, es importante subrayar una previa clarificación terminológica destacada por Ross: es el hecho de la traducción inglesa de la palabra danesa "goelldende" (2). El término inglés "valid" no puede ser usado de la misma manera que el término danés "goeldende", ya que este último sería mejor traducido por "vigente" y no por "válido" (3). Hart, al usar la traducción inglesa de la obra de Ross, consideró como "válido" lo que significaba "vigente", confundiendo por tanto las pretensiones del profesor escandinavo (4). Para Ross, el concepto de validez analizado por Hart responde a su primer significado: se usa cuando se dice que un determinado contrato, testamento, o algún otro acto jurídico es válido o inválido: "Se dice que un acto jurídico es válido cuando ha sido realizado de tal manera que llena las condiciones- estableci

- 
- (1) El estudio más completo que he podido consultar sobre la obra de Ross es la tesis doctoral, aún no publicada cuando escribo estas líneas, del profesor Liborio Hierro. En este excelente trabajo también se analiza la discusión crítica entre Ross y Hart, pgs. 292-300 y 395-398, análisis que tenido en cuenta para escribir estas páginas. También puede verse el importante artículo de E. Pattaro "Il Realismo giuridico como Alternativa al Positivismo giuridico", Riv.Int.Fil.Dir. 1971 pgs. 61-126.
  - (2) En este sentido es interesante la aclaración del traductor de la obra de Ross al castellano, el profesor argentino G.A.Carrio, quien habiendo traducido correctamente "goeldende ret" por "derecho vigente" y no por "derecho válido" dice: "En la edición inglesa dice 'valid law' ('derecho válido'). En la edición danesa (Om ret og retfaerdighed, 1953, p.22) dice 'goeldende ret' ('derecho vigente'). En esta última edición se distingue constantemente entre validez ('gyldighed') y vigencia ('goelden') del derecho, y, paralelamente, entre derecho válido ('gyldigret') y derecho vigente ('goeldende ret'). La edición inglesa no recoge esas distinciones; usa el sustantivo 'validity' como equivalente de validez y vigencia, y el adjetivo 'valid' como equivalente de válido y vigente. Ello puede dar origen a confusiones". "Sobre el Derecho y la Justicia", EUDEBA, Buenos Aires, 1977, p. 12.
  - (3) Sobre este tema, vid. la tesis doctoral citada, p.386 y ss.
  - (4) El propio Ross ha dicho: "Las objeciones de Hart descansan sobre una mala interpretación de mis intenciones, en parte causada por el hecho lingüístico (que he advertido recientemente) de que la palabra inglesa 'Valid' (válido) difícilmente puede ser usada de la misma manera que la palabra dinamarquesa 'gaeldende', op.cit., p.31. En la reseña crítica de Ross a Hart, op.cit., pg.1190, dice Ross: "Whereas gylding functions in the same way as 'valid' the phrase 'gaeldende ret' is use externally to designate the 'existing law', the 'law in force'".

das en una norma jurídica -necesarias para que el acto tenga los efectos - jurídicos que corresponden a su intención" (1). Ahora bien, en base a la - traducción del término danés "gaeldende ret" por "valid law", se produce la confusión de hablar de "validez" cuando de lo que se tiene que hablar es de "vigencia". Cuando Ross dice "D es Derecho danés vigente" (D is valid Danish law") no se ocupa del primer uso del concepto de validez (que al menos, en principios, coincide con el de Hart) sino de lo que Hart denomina la exis- tencia de una regla o un sistema jurídico. Dice Ross:

"Lamento que no haya habido de parte mía una mejor comprensión de los usos lingüísticos ingleses, pero al mismo tiempo creo que Hart, si hubiera prestado un poco más de atención, habría advertido que el problema tratado por mí con el rótulo de "validity" es totalmente distinto del considerado - por él con el mismo rótulo. Si Hart hubiera entendido esto, no habría hallado fundamento para su crítica de que los enunciados sobre la validez jurídi ca nada tienen que ver con la predicción de la conducta judicial" (2).

Precisamente, como el propio Ross ha señalado, en lo que concierne a la existencia de los sistemas jurídicos, las tesis de Hart se asemejan a los puntos de vista mantenidos por Ross, en tanto en cuanto la existencia de los sistemas jurídicos se hace depender, en última instancia, en un conjunto de hechos sociales heterogéneos, en la manera de cómo los tribunales identifi can lo que debe ser considerado Derecho, y en la aceptación general respecto de estas identificaciones.

Independientemente de esta confusión lingüística, se podrían hacer las siguientes matizaciones:

- a) el "punto de vista interno" de Hart, no es el punto de vista al que Ross se refiere en su análisis de la ciencia del Derecho. Como dice Liborio Hierro (3), "Cuando un jugador afirma 'esto no vale' o

---

(1) Ross, "El Concepto de validez...", op.cit., pág. 31.

(2) Ross, "El concepto de validez...", op.cit., pág. 32.

(3) Tesis, cit., pág. 300.

un árbitro establece 'esto es falta' no pretenden transmitir conocimiento sobre las reglas del juego: cuando un observador afirma - 'esta regla rige en este juego' no pretende, por el contrario, establecer una directiva inmediata para un jugador o un juego determinado, sino describir cuáles son las reglas de ese juego. Ambos - puntos de vista son claramente distintos".

Para Hart, a través de la reconversión de la teoría Kelseniana de la norma fundamental en la llamada Regla de Reconocimiento, el concepto de validez no equivale a la mera existencia empírica de las normas, ni, en principio, tampoco equivale a "fuerza obligatoria", en sentido moral o lógico. Ahora bien, para Hart, los enunciados sobre la validez de una norma son enunciados normativos, enunciados internos propios no sólo de los sistemas jurídicos, sino de los sistemas normativos cuyos miembros se someten a un conjunto de reglas aceptadas.

Dice el profesor Hierro: "Creo que Hart es en parte deudor de los realistas escandinavos, y en concreto de Ross, respecto a los fundamentos de su teoría, pero que con ella dió un paso definitivo para la solución del problema de la validez. Podríamos decir que Hart comparte con los realistas escandinavos la idea de que la "validez" como obligatoriedad ha de ser desechada del análisis científico, y que la "validez" como existencia es igualmente una categoría inadecuada, ya que el observador externo no usa las reglas que describe, sino que se limita a enunciar (r) el hecho de que otros las aceptan'. Pero Hart se separa de los realistas al rescatar para la teoría jurídica el análisis de la noción de "validez" tal y como efectivamente es utilizada desde el punto de vista interno" (1).

Hart describe un concepto de "validez" sin referencia a su sentido ético o metafísico; los enunciados de validez son enunciados autónomos desde el punto de vista de quien usa el lenguaje, sin conexión lógica ni conceptual con la denominada eficacia de las normas o del sistema. Ahora bien, el concepto de validez en Hart presupone un contexto general de eficacia, sin el

---

(1) Hierro, "Tesis doctoral", op.cit., págs. 396-397

cual sería imposible usar este concepto (1), contexto que implica la efectiva existencia del sistema.

Por tanto, Hart reconoce dos tipos de existencia de una regla; por un lado, con respecto a las reglas primarias y secundarias (excepto la Regla de Reconocimiento), el enunciado de existencia puede ser un enunciado interno que no significa otra cosa que la "regla es válida según los criterios de validez del sistema". El concepto de validez expresa, pues, los criterios de pertenencia de una regla a un Ordenamiento Jurídico, criterios formulados por la Regla de Reconocimiento según el sistema de fuentes de cada Ordenamiento. Con respecto a la Regla de Reconocimiento, el enunciado de existencia es un enunciado externo de hecho:

"Porque mientras que una regla subordinada de un sistema puede ser válida y, en ese sentido, "existir" aún cuando sea generalmente desobedecida, la regla de reconocimiento sólo existe como una práctica compleja, pero normalmente concordante, de los tribunales, funcionarios y particulares, al identificar el derecho por referencia a ciertos criterios. Su existencia en una cuestión de hecho" (2).

Para Hart, el "status" de una regla como miembro del Ordenamiento Jurídico depende de que satisfaga ciertos criterios proporcionados por la Regla de Reconocimiento. En este caso, pertenencia equivale a validez; por otro lado, se ha visto que por razones conceptuales no puede predicarse validez de la Regla de Reconocimiento. Ahora bien, si la Regla de Reconocimiento no es válida y la pretenencia fuera siempre equivalente a validez, entonces la regla de Reconocimiento no pertenecería al Ordenamiento cuyos crite-

---

(1) Aunque hay excepciones como he señalado anteriormente. Si bien Ross reconoció explícitamente su fundamental acuerdo con Hart, rechazó la crítica de éste basada en la traducción de "vigencia" por validez; ahora bien, Ross asumió posteriormente la tesis de Hart en torno al análisis del concepto de "validez" desde el punto de vista del uso interno del lenguaje jurídico, si bien lo limita a los contratos, testamentos y órdenes administrativas, sin referencia alguna a las normas legislativas de las que, evidentemente, Hart también formula enunciados internos. Ross, "El Concepto de validez...", op.cit., pág. 26. Por otro lado, he de decir que Ross desarrolló posteriormente los tipos de enunciados internos en la línea que Hart había abierto (v.infra.).

(2) C.D., op.cit., pág. 137.

rios de validez proporciona (1). Así como ha señalado el profesor Garzón Valdés, "...parece pues que habrá que aceptar aquí también un doble criterio - de pertenencia si es que se quiere sostener la tesis de que la regla de reconocimiento pertenece al sistema y, al mismo tiempo negar la posibilidad de predicar su validez" (2). No sería muy arriesgado afirmar -siguiendo a Garzón- que también, aquí la cuestión de la pertenencia se transforma en una - cuestión de hecho, similar a la de la existencia de la Regla de Reconocimiento (3).

A mi juicio, los criterios que se acepten para determinar la validez y pertenencia de las normas a un determinado Ordenamiento Jurídico, no pue-

- 
- (1) En este sentido, dice J. Raz: "The rule of recognition is a legal rule - and belongs to the legal system. It differs from other laws in that its existence is not determined by criteria laid down in other laws but by the fact that it is actually applied". "The Concept of a Legal System", op.cit., pág. 198.
  - (2) E. Garzón Valdés, "Algunos modelos de validez normativa", Revista Latinoamericana de Filosofía, vol. III, núm. 1 (marzo, 1977), pág. 62.
  - (3) En Kelsen, las nociones de "validez" y "pertenencia" son sinónimas: una norma pertenece a un determinado Ordenamiento cuando su validez deriva de la Norma Fundamental del sistema en cuestión. La Norma Básica es criterio de identidad del sistema y de pertenencia de sus normas. Ahora - bien, si el contenido de la N.F. está determinado por los hechos propios de cada acto de creación de un sistema positivo, primero se tendría que identificar el sistema para luego resolver el contenido de la N.F. y si esta es, a su vez, criterio de validez y pertenencia, nos encontramos - ante un círculo vicioso de difícil solución. Por su parte, von Wright habla de dos criterios de pertenencia: uno es de la legalidad (en este - caso pertenencia equivale a validez) y otro es el de pertenencia a un - sistema por definición: "Todas las normas que son eslabones en, por lo menos, una cadena, que tiene su origen en las normas soberanas promulgadas por una y la misma autoridad, se dirá que pertenecen a una y la - misma jerarquía u orden o sistema normativos. A las propias normas soberanas las incluiremos, por definición, en el sistema. Un sistema de normas es, por tanto, una clase de una o varias normas soberanas, que son promulgadas por una y la misma autoridad, y las normas que pueden, a través de cadenas de subordinación, retrotraerse a estas normas soberanas". "Norma y acción. Una investigación Lógica", Tecnos, 1970, pág. 204.



den pertenecer al propio Ordenamiento, ya que de lo contrario, entraríamos en un círculo vicioso del que difícilmente se podría salir. La definición - del concepto de validez tiene que establecer los criterios de existencia y pertenencia en el contexto de un sistema jurídico vigente, en el que la pro pia validez de la regla de Reconocimiento -que es la regla que determina - esos criterios- no se cuestione, pudiendo ser reconducida hacia problemas - de hecho determinados por prácticas sociales complejas. De alguna manera, - este es el sentido del concepto de regla de Reconocimiento en la obra de - Hart, es decir, el intento de reconducción de un problema lógico a un problema social.

Teniendo en cuenta el análisis precedente, podríamos formular el siguiente cuadro comparativo:

KELSEN

- 1) La validez de una norma pertenece al ámbito del deber ser. El fundamento de la validez de una norma no puede ser un hecho.
- 2) Existencia y validez de una norma son términos equivalentes.
- 3) La estructura de la norma es un orden. Toda orden que debe ser obedecida bajo pena de sanción por parte de los órganos del Estado es una norma válida. Existe una vinculación entre validez, existencia y deber de obediencia.
- 4) Una norma es válida cuando ha sido dictada por el órgano competente y de acuerdo con el procedimiento adecuado.
- 5) El concepto de validez es un concepto relativo: la validez de una norma ha de referirse a otra norma jerárquicamente superior dentro de una estructura piramidal del Ordenamiento Jurídico.
- 6) La validez relativa de una norma reconduce en última instancia a una primera norma positiva, a una primera constitución histórica.
- 7) El fundamento de la primera constitución histórica, al no existir una norma positiva superior, consistirá en una suposición lógica: esta norma supuesta será la norma básica del sistema, fundamento de validez de este último y de todas las normas positivas que lo integran.
- 8) Es lógicamente imposible considerar a una norma particular como válida y, al mismo tiempo, aceptar como obligatoria una norma moral que prohíba la conducta prescrita por la norma jurídica. Dos normas contradictorias no pueden ser ambas válidas.

AUSTIN

- 1) Las normas se mueven en el ámbito del deber ser.
- 2) Si una norma existe, es válido dentro del sistema a que pertenece.
- 3) Si bien la estructura de la norma es un orden cuya desobediencia trae aparejada una sanción, la validez de la norma está referida a la existencia de un soberano caracterizado por el hecho de una obediencia generalizada y habitual y que no fundamenta su autoridad en ningún deber de obediencia.
- 4) Una ley válida es el resultado de un acto legislativo del soberano, es decir, aquella persona o grupo de personas que son obedecidas habitualmente por la mayoría de la población en un territorio determinado y que no obedece habitualmente a nadie.
- 5) La validez de una norma depende de que haya sido dictada por la autoridad y de acuerdo con el procedimiento correspondiente.
- 6) La cadena de validez no es infinita sino que termina en una primera norma superior del sistema. La autoridad que dicta esta primera norma es el soberano.
- 7) El fundamento último de validez no es una norma supuesta sino la validez del soberano acerca de cuya competencia no tiene sentido preguntarse por quién ha sido conferida.
- 8) Cuando los contenidos de la ley positiva y los de la moral positiva entran en conflicto no es contradictorio afirmar que ambos tipos de leyes son válidos con relación a sus respectivos fundamentos de validez.

HART

- 1) Del "es" no se puede deducir lógicamente un "deber ser".
- 2) La validez y existencia de una norma no son términos equivalentes, ya que existe una norma (o regla) que existe y de la que no cabe predicar su validez: la Regla de Reconocimiento.
- 3) El concepto de validez no es equivalente al deber de obediencia, ya que existen normas válidas de las cuales no tiene sentido hablar de deber de obediencia: las reglas secundarias, caracterizadas por conferir potestades o permitirnos identificar las normas válidas del sistema.
- 4) Una norma es válida cuando satisface los requisitos establecidos por la Regla de Reconocimiento del Ordenamiento que se trate. El enunciado de validez es un enunciado interno, propio de quien acepta las reglas del sistema como pautas de conducta.
- 5) Los criterios de validez están determinados por la Regla de Reconocimiento.
- 6) La Regla de Reconocimiento es la norma fundamental del sistema en el sentido de que indica los criterios de validez de las otras reglas.
- 7) No cabe hablar de la validez o invalidez de la Regla de Reconocimiento. Preguntarse por la validez de la R. de Reconocimiento sería tan absurdo como preguntarse si el metro de París, mide realmente una metro. La R. existe sólo como una compleja práctica de los tribunales de justicia, de las personas públicas y privadas al identificar el derecho por referencia a ciertos criterios. Su existencia es una cuestión de hecho.
- 8) No hay inconveniente en aceptar conflictos entre los deberes impuestos por dos normas válidas, una jurídica y otra moral.

ROSS

- 1) Separación lógica entre "ser" y "deber ser". El Derecho pertenece al ámbito del "ser".
- 2) La idea de validez es una construcción metafísica erigida sobre una interpretación falsa de la "fuerza obligatoria" vivida en la conciencia moral. La ciencia del Derecho no se ocupa del Derecho válido, sino del Derecho vigente.
- 3) Si hay razones plausibles para suponer que una regla dada será adoptada por los tribunales del país como fundamento para sus decisiones, entonces esa regla es derecho nacional vigente. El Derecho es vigente porque es aplicado (Olivecrona sostiene que el Derecho es aplicado porque es vigente.).
- 4) La noción de validez se puede mantener en cuanto expresa cierta actitud psicológica que forma efectivamente parte del fenómeno jurídico.
- 5) El Derecho consiste parcialmente en ser norma, no en el sentido tradicional de especificar significaciones o proposiciones sobre la validez normativa, sino exclusivamente como elemento integral del fenómeno jurídico, como hechos psicofísicos, expresiones que en parte reflejan y en parte crean a su vez reales actitudes de conducta.

VON WRIGHT

1) Las normas se mueven en el ámbito del deber ser.

2) a) Una norma es válida cuando existe una norma de orden superior que autoriza su creación. La validez de aquella depende de la existencia de ésta última. No hay equiparación entre validez y existencia.

b) Una norma será inválida cuando su creación esté prohibida por otra norma. El criterio de invalidez es la existencia y no la validez de la norma en que se expresa la prohibición.

c) Además del concepto de validez relativa existe el de validez absoluta, es decir, la validez dentro de un sistema de normas.

d) Una norma puede ser remitida a otra cuando existe una cadena de subordinación en la cual esta última es un miembro superior con respecto a aquella.

e) Toda cadena finita de derivación termina o comienza o bien en una norma inválida o bien en una norma soberana. Que una norma es absolutamente válida significa que puede ser remitida a una norma soberana.

3) Se admite la existencia de normas permisivas y no se equipara la noción de validez con el deber de obediencia.

4) La creación de una norma tiene que ser autorizada por una norma superior: quien la dicta tiene que actuar dentro de la competencia normativa que le fija la autoridad superior.

5) Como el concepto de validez no es equivalente a existencia, pueden existir no sólo normas válidas sino inválidas y normas que no son válidas ni inválidas.

6) La noción de validez absoluta es secundaria o presupone la noción de validez relativa. La noción de validez relativa no requiere la noción de validez absoluta

7) La cadena de remisión acaba en una norma que será válida en sí misma: esta validez absoluta es autosuficiente.

8) No hay inconveniente en aceptar conflictos entre los deberes impuestos por dos normas válidas emanadas de autoridades diferentes.

REALISMO AMERICANO

Holmes: Es derecho vigente el conjunto de reglas formuladas por los tribunales. Las profecías de lo que los tribunales harán es lo que entiendo por Derecho.

Llewellyn: Lo que los funcionarios hacen de las disputas es el Derecho mismo.

1) El Derecho pertenece a la esfera del "ser".

2) Disolución absoluta del concepto de validez.

3) La ciencia jurídica se reduce a unas técnicas de previsión del comportamiento, fundadas sobre la observación de éste como hecho.

4) La fé en la certeza del Derecho es infundada. Las normas jurídicas difícilmente pueden servir como guías de conducta.

5) Las sentencias de los jueces no son previsibles; son meras intuiciones por las cuales el juez llega a la propia decisión aún antes de haber procurado desarrollarla.

## B.2.5. Análisis del concepto de obligación.

### B.2.5.1. Obligación jurídica y obligación moral.

#### B.2.5.1.1. Concepto social de obligación jurídica.

Independientemente de las matizaciones que he podido precisar en el apartado siguiente, conviene analizar, como introducción al concepto social de obligación, las reflexiones que Hart llevó a cabo en su artículo "Obligación jurídica y obligación moral" (1).

En este artículo el profesor Hart se propone investigar la naturaleza de la obligación jurídica para determinar después por qué al referirse a ciertas situaciones morales, se hace uso, de modo natural, de conceptos de matiz jurídico como obligación y deber.

Para Hart de la constatación de que en cualquier sistema jurídico desarrollado, tanto las obligaciones y deberes, como otras entidades jurídicas (derechos subjetivos, poderes o potestades, inmunidades e incapacidades) pueden ser creadas, modificadas o extinguidas (2). Ahora bien, ¿cómo es posible la creación, imposición, modificación y extinción de las obligaciones, así como otras operaciones jurídicas respecto de otros conceptos jurídicos?. Al responder que estas operaciones pueden llevarse a cabo porque el Derecho confiere poderes o potestades a ciertas personas para hacerlas, surge otra pregunta: ¿qué significa que una norma confiere un poder y que alguien ejerza tal poder?. Trasladando esta pregunta a un punto de vista más general, se podría reformular del siguiente modo: ¿Cómo pueden las palabras tener efectos jurídicos, y cuáles son los efectos que ellas tienen? (3). Con respecto

---

(1) "Legal and Moral Obligation", en A.I. Melden, "Essays in Moral Philosophy", Seattle, The University of Washington Press, Washington, 1958 (hay trad. castellana de J. Esquivel y L. Alfonso Ortiz, "Obligación jurídica y obligación moral", Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM, México, 1977 versión por donde cito).

(2) "Obligación jurídica...", pág. 8.

(3) En este sentido, Hart critica la postura de Hägerström, para quien todas esas operaciones pueden ser elucidadas sólo por referencia a una creencia ampliamente aceptada en los poderes mágicos de las palabras para producir cambios en un mundo suprasensible de derechos y deberes jurídicos. V. Axel Hägerström, "Inquiry into the Nature of Law and Morals", ed. por K. Olivecrona, trad. de C.D. Broad, Estocolmo, Almqvist Wiksell, 1953; Hart, "Obligación jurídica...", p. 10 y la reseña del libro anterior por Hart, en "Philosophy", XXX (1955), págs. 369-373.

al problema de la obligación, a su vez, se podría cuestionar: ¿Cómo pueden las palabras crear obligaciones jurídicas y cuáles son las obligaciones jurídicas que crean?.

Siguiendo la argumentación de Hart se podría responder del siguiente modo: si las palabras son usadas para crear obligaciones jurídicas, deben existir reglas del Ordenamiento Jurídico que prescriben que si esas palabras son usadas (por las personas idóneas en las circunstancias adecuadas), las personas designadas por ellas estarán jurídicamente obligadas o tendrán una obligación de hacer o de abstenerse de hacer ciertas acciones, Uso operativo: Olivecrona, Ross, Austin.

¿Qué significa decir que aquellas reglas existen y que establecen que las personas tendrán tales obligaciones?: en opinión de Hart, la afirmación de que las reglas existen significa que pertenecen a una clase de reglas ca racterizadas como válidas de ese sistema particular por criterios especifi cados en las reglas fundamentales del propio sistema (1). Ahora bien, como ya hemos analizado, la existencia de estas reglas fundamentales no puede de rivar de su hipotética validez, sino que debe referirse a la "práctica efec tiva del grupo social particular cuyo sistema jurídico está en consideración" (2).

Al considerar esta práctica efectiva como una aserción compleja, no susceptible de ser descrita brevemente, Hart critica tres grandes tesis: a) en primer lugar, la caracterización de tal práctica como un hábito general de obediencia a una persona o grupo de personas, tesis descrita por J. Austin (3).

b) en segundo lugar, la formulación de Kelsen de la Norma Fundamental de un Ordenamiento Jurídico, caracterizada como una hipótesis fundamental o postulado hecho por el jurista que examina el sistema, hipótesis separada -

---

(1) Hart, "Obligación jurídica...", op.cit., pág. 12.

(2) Hart, "Obligación jurídica...", op.cit., pág. 12.

(3) J. Austin, "The Province of Jurisprudence...", op.cit., págs. 198-205. So bre este tema me remito a lo ya expuesto sobre la obra de Austin y el concepto de soberanía.

de cualquier práctica efectiva (1).

c) en tercer lugar, la tesis sobre la existencia, en la base de todo Ordenamiento Jurídico, del reconocimiento general de una obligación moral - de obedecer al Derecho, tesis que implica una conexión necesaria o analítica, y no simplemente empírica, entre el enunciado de que un sistema jurídico existe y el enunciado de que la mayoría de la población reconoce una obligación moral de obedecer al Derecho (2).

Independientemente de la crítica particularizada a cada una de estas tres tesis, se podría decir que la reformulación de Hart consiste en describir los hechos relevantes que configuran la obligación jurídica, no en términos de hábitos de obediencia, sino en los términos de las reglas efectivamente aceptadas por un grupo social. Así podrá decir Hart: "La afirmación - de que existe un sistema jurídico en Inglaterra (o en cualquier otro lugar) implica que existe realmente la aceptación general de una regla fundamental como la regla de que lo que la Reina promulga en el Parlamento es derecho, aunque su forma pueda ser mucho más compleja que la de ésta. La aceptación general de esta regla consiste en algo más que la obediencia habitual, pues incluye el uso ulterior así como la actitud respecto del Derecho promulgado..." (3).

Una vez que la práctica social compleja es establecida y que, en virtud de ella, las palabras dictadas por una persona legitimada son aceptadas como constitutivas de un patrón de conducta para el grupo, el legislador puede tener autoridad para dictar reglas que confieran a otros (legislación subordinada) una autoridad similar a la propia, o para dictar reglas que confieran potestades privadas a los individuos para crear obligaciones para sí mismos.

---

(1) Sobre ello, vid. el cuadro comparativo entre la Norma Fundamental y la Regla de Reconocimiento.

(2) Hart, "Obligación jurídica...", op.cit., pág. 13. Una conexión de este tipo puede verse, por ejemplo, en la obra de A.L. Goodhart, "English Law and the Moral Law", Londres, Stevens Sons, 1953, pág. 28.

(3) Hart, "Obligación jurídica...", op.cit., pág. 17.

Independientemente de las obligaciones jurídicas creadas por reglas legislativas (1), pueden existir obligaciones creadas conforme a reglas consuetudinarias o en ejercicio de una potestad o poder conferido por esas reglas consuetudinarias, debiendo su status al hecho de la práctica tradicional considerada como patrón de conducta. Del mismo modo se podría hablar de los sistemas jurídicos que contienen entre sus criterios de validez una regla de precedente (2).

#### B.2.5.1.2. Rasgos característicos de la obligación jurídico y moral.

La principal característica que Hart observa en el concepto de obligación es la importante relación entre este concepto y la coacción o compulsión. Hart diferencia tres tipos de enunciados (3): a) estar físicamente compelido a hacer algo, b) verse obligado a hacer algo c) tener una obligación de hacer algo.

En este punto, Hart critica el concepto predictivo de la obligación de Austin, quien definió la obligación y el deber en términos de la sanción o mal con el que quien manda (individuo que expresa su deseo a otro de que éste debería hacer algo) amenaza infligir en caso de desobediencia (4). Para Austin, tener un deber o una obligación significa estar sujeto o expuesto a un mal con que se amenaza, donde "sujeto" o "expuesto" significa "susceptible de recibir el mal o daño" (5). Siguiendo a Hart, se podría decir que

---

(1) Sobre ellas, dirá Hart: "...deben su "status" de obligaciones, en última instancia, a la subyacente práctica del grupo social consistente en la aceptación de las promulgaciones legislativas como constitutivas de patrones de conducta, y sólo pueden ser entendidas si entendemos el simple caso fundamental de la creación de obligaciones por un acto legislativo directo y su dependencia de la práctica social compleja que constituye a esa autoridad básica". "Obligación jurídica", cit., pág. 18.

(2) Hart, "Obligación jurídica...", cit., pág. 19.

(3) Hart, "Obligación jurídica...", cit., pág. 20.

(4) Vid. J. Austin, "The Province...", cit., págs. 14, 15 y 16.

(5) Sobre la noción predictiva de la obligación, vid. el apartado siguiente.



la tesis de Austin no es un análisis plausible del enunciado b. anteriormente citado, ni tampoco es un análisis adecuado del enunciado c. Independientemente de la crítica parcial de Hart a la tesis de Austin (1), la crítica general se basa, como ya habíamos visto con anterioridad, en el hecho de - que las nociones de probabilidad de sufrir un mal o expectativa del mal con el que se amenaza son equivocadas porque oscurecen el elemento central de la existencia de un sistema de reglas que confiera autoridad a las personas para prohibir conductas y para castigar las violaciones de esas prohibiciones con las adecuadas técnicas coercitivas, represivas o punitivas del sistema (2).

En su relación con la moral, el concepto de obligación jurídica posee tres rasgos relevantes que a menudo suelen ser usados en el análisis de las obligaciones y deberes morales. Estos tres rasgos son enunciados por Hart - del siguiente modo (3):

- a) dependencia respecto de la práctica efectiva de un grupo social.
- b) posible independencia de contenido.
- c) coerción.

Al formular estas tres características, la pretensión de Hart consiste en determinar las diferencias entre distintas clases de fenómenos morales oscurecidas por la extensión del uso de las expresiones "obligación" y "deber", usadas principalmente para la evaluación o crítica de las conductas - por medio de los patrones que poseen esos tres rasgos, no siendo usadas de modo indiferentes para todas las formas de juicio moral (4).

Dentro del área de moralidad que Hart pretende describir -la de los - principios morales que perderían su fuerza moral a menos que fueran aceptados

---

(1) Vid. "Obligación jurídica...", cit., págs. 22 y 23.

(2) En este sentido, vid. lo anteriormente dicho acerca del concepto de reglas secundarias.

(3) Hart, "Obligación jurídica...", cit., pág. 25.

(4) Dos razones son las que le impulsan a Hart a determinar las diferencias entre distintas clases de fenómenos morales: "...primera, la de que existe indudablemente una tentación permanente en la filosofía de asimilar todos los tipos de juicio moral a un tipo único; segunda, que podemos entender mejor otras áreas de la moral si enfocamos claramente primero los tres rasgos relevantes de la obligación, según aparecen en la moral efectiva de un grupo social" (op.cit., pág. 25).

ampliamente dentro de un grupo social particular- las promesas constituyen- el caso típico de la obligación moral, institución moral que posee las tres características mencionadas con anterioridad: en primer lugar, cuando alguien se obliga por medio de una promesa, debe haber algún procedimiento establecido, generalmente aceptado por algún grupo social específico, mediante el cual la manifestación escrita de una cierta clase de expresiones es suficiente para que las acciones especificadas por ellas se constituyan obligatorias para quien las escribió; en segundo lugar, la obligación no surge de la naturaleza de la acción prometida, sino del uso del procedimiento hecho por la persona idónea en las circunstancias adecuadas; en tercer lugar, la coerción característica de la obligación moral toma la forma de reproches sobre el individuo que no ha cumplido con las reglas consideradas por el grupo social como asunto de especial importancia y exigentes de su cumplimiento (1).

Si bien las tres características formales del concepto de obligación jurídica se dan, en principio, en el caso de las obligaciones morales que - surgen de las promesas, el uso del concepto de obligación en un sentido indiscriminado y demasiado amplio puede deformar la función semántica de este concepto; sin embargo, en el conjunto de la obra de Hart, el concepto de obligación es relativamente ambiguo, como veremos en los apartados siguientes.

#### B.2.5.2. Valoración crítica del concepto social de obligación.

1) En la prefación de la principal obra de Hart, el profesor de Oxford dice: "Ciertamente, uno de los temas centrales del libro es que ni el derecho, ni ninguna otra forma de estructura social, puede ser comprendida sin una apreciación de ciertas distinciones cruciales entre dos tipos diferentes de enunciados, que he denominado "internos" y "externos" y que pueden ser

---

(1) "Obligación jurídica...", op.cit., págs. 27 y 28. El mismo tipo de análisis es llevado a cabo por Hart con respecto a los conceptos de "deberes morales" y la "obligación moral de obedecer al Derecho" (op.cit., - págs. 29, 30 y 31).

formulados dondequiera se observan reglas sociales" (1). Evidentemente, y aunque el tema ya ha sido tratado con anterioridad, considero que es imprescindible una valoración crítica global de los problemas teóricos que subyacen a la formulación de los conceptos que sostienen la teoría del Derecho hartiana. Estos conceptos, "punto de vista interno", "aceptación", "obligación", son desarrollados -aunque esto parezca contradictorio- con lucidez y ambigüedad, dotando a la filosofía del Derecho de nuevas perspectivas o caminos que posibiliten un análisis más completo de los Ordenamientos jurídicos.

A pesar del inmenso esfuerzo teórico de Hart de refundir tres de las principales corrientes metodológicas del positivismo jurídico ("jurisprudencia analítica", normativismo Kelseniano y realismo jurídico) dentro de un nuevo marco conceptual, separado de las nuevas formas de iusnaturalismo contemporáneo, su teoría del Derecho, precisamente por su carácter intermedio y conciliador, a menudo se nos presenta contradictoria e incoherente, al pretender, por un lado, la defensa de la tesis de la separación conceptual entre el Derecho y la Moral, y, por otro, al fundamentar la existencia de los Ordenamientos jurídicos en el ambiguo concepto de la "aceptación" social -por parte de los funcionarios de la Regla de Reconocimiento; la concepción dualista que marca la obra de Hart, ya en su análisis de las reglas jurídicas como en el intento de no reducir unitariamente los conceptos de validez y eficacia, camina como un "primus inter pares" entre el Scylla y Caribdis de la ciencia jurídica contemporánea, es decir, entre el formalismo y el escepticismo ante las reglas. Por ello, como intentaré analizar a continuación, bajo el análisis teórico del concepto de Derecho subyace de nuevo el tema -de la obligación moral de obedecer al Derecho, a pesar de los intentos de construir una teoría del Derecho desde un punto de vista normativo-jurídico-social (2).

---

(1) "El Concepto de Derecho", op.cit., p. XI.

(2) Como ha señalado F.González Vicen, el tema de la obediencia al Derecho tiene que plantearse el fundamento de la obligatoriedad del Derecho, y no simplemente "secuencias casuales que explican bien o mal -más bien mal- por qué se obedece en determinados casos al Derecho, pero ni una sola razón o fundamento éticamente válido de este cumplimiento". Para el profesor español, el concepto de "aceptación", "un factor psicológico-social", no difiere en su planteamiento de la teoría del reconocimiento de

2) Para entender los términos de obligación y deber (1) no es suficiente distinguir entre hábitos y reglas. Siempre que alguien está obligado a hacer algo, implica la existencia de una regla, pero no viceversa.

"Se dice y se piensa que una regla impone obligaciones cuando la existencia general en favor de la conformidad es insistente, y la presión social ejercida sobre quienes se desvían o amenazan hacerlo es grande" (2).

Pero no sólo es la importancia de la presión social que subyace detrás de las reglas el factor que determina que ellas dan origen a obligaciones, sino que se podría hablar de la creencia en la necesidad del mantenimiento de las reglas para la preservación de la vida social y de la posibilidad de que, aunque la conducta exigida por las reglas puede ser beneficiosa para algunas personas, puede ser incompatible con lo que la persona que tiene el deber desea hacer (3). Ahora bien, la idea de la presión social no es la -

---

cont.-Bierling- que, a mi juicio, no hay que confundir con el concepto de reconocimiento en Hart-, de la teoría de la coacción de Ihering, o de la línea general de la jurisprudencia analítica inglesa. V. Glez, Vicens, "La obediencia al Derecho", Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Anuario de Filosofía del Derecho XXIV, 1979 Ahora en libro homenaje. Fac. D<sup>a</sup> Universidad de la Laguna, 1979, pgs. 365 y ss. Por otro lado, el propio Hart ha rechazado expresamente la idea de una obligación motion", en A.I. Melden, "Essays in Moral Philosophy", Univ. of Washington Press, 1958, pg. 89; hay trad. cast. con el título "Obligación Jurídica y Obligación Moral". UNAM México, pág. 13).

- (1) Dentro de la cultura jurídica anglo-norteamericana, estos términos son prácticamente sinónimos, aunque el término "obligation" también es utilizado por los juristas en el sentido y significado original de la "obligatio romana", como un vínculo jurídico que liga a individuos determinados. Estos juristas reservan el primer término a casos como la obligación de una persona, en virtud de una relación jurídica anterior, a pagar o prestar un servicio a determinado individuo, que tiene el derecho correspondiente a exigir tal pago o servicio. Mientras que la idea de "obligación" dentro del mundo jurídico, sería creada por el hombre en su propio provecho, los deberes son consecuencia de su posición jurídica, sin acto positivo por su parte. La palabra "deber" que proviene del latín "debitum", connota la idea de deuda.
- (2) "El Concepto de Derecho", pág. 107.
- (3) Esta idea es semejante a la concepción de Rawls sobre la obligación derivada del principio de imparcialidad: según esta concepción, una persona está obligada a cumplir su parte, establecida por los normas de una institución, cuando ha aceptado voluntariamente los beneficios del esque

idea de experimentar sentimientos de compulsión o de presión. La distinción de Hart entre "sentirse obligado" y "tener una obligación" es importante, y confundirlas supondría no saber delimitar conceptualmente el aspecto "interno de las reglas con la idea de la "obligación entendida en términos psicológicos"(1).

---

cont.-ma institucional, o se ha beneficiado de las oportunidades que ofrece para fomentar sus intereses, supuesto que esta institución sea justa o imparcial (contractualismo racional-kantiano). Esta concepción de la obligación tiene implicaciones en la teoría del deber y la obligación política en un marco constitucional (tema de la desobediencia civil, regla de las mayorías, etc.). Vid. "Theory of Justice", Oxford, 1972. Es muy clarificadora la distinción de Rawls entre dos tipos de reglas: una concepción es denominada "mira sumaria", porque las reglas se imaginan como sumarios de decisiones pasadas, a las que se llega por aplicación directa del principio utilitarista a los casos particulares. Aquí los casos particulares (decisiones) son anteriores lógicamente a las reglas: éstas han de tomarse como guía o máxima, o como una generalización de la experiencia (y si no hay tal experiencia el caso se ha de tratar según sus méritos). La otra concepción, que es la que mejor cuadraría dentro del concepto de obligación, es denominada "concepción de la práctica":- (instituida por diversas razones); se aceptan las reglas (que han de ser públicas y comunicables) como definitorias de ella. Las reglas de la práctica son anteriores a los casos particulares: a menos que exista la práctica, carecen de sentido los términos que se refieren a acciones especificadas por ella. Para ello vid. "Two concepts of rules", Philosophical Review, vol.64, 1955 pp.3-32; hay trad. cast. en "Teorías sobre la ética", P. Foot, FCE, 1974. Por su lado, Gil Cremades dice: "Yendo más allá de Rawls, podría decirse en consecuencia, que la justificación de la regla remite a su coherencia con un consenso de base, vigente en una sociedad, mientras que la legitimación de la decisión, remite a su consenso sobre los procedimientos racionales de aplicación de las reglas", "Razón práctica y razón jurídica", op.cit., pág. 20.

- (2) Para una noción de la obligación en términos de una experiencia mental que acompaña patrones de conducta experimentados, vid. A. Ross "On Law and Justice", Stevens and Sons Limited", London, 1958; hay trad. cast.- "Sobre el derecho y la justicia", EUDEBA, 1963. Por su parte, dice Olivecrona: "un examen atento e inmediato revela que los derechos y su contrapartida, las obligaciones, solamente existen como concepciones de la mente humana", "El derecho como hecho", ed. Depalma, Buenos Aires, 1959, pg.56. Sobre el status epistemológico de los conceptos mentales, es interesante el reciente art. de J.S.P. Hierro, "Estatuto epistemológico de los conceptos mentales", Boletín informativo de la Fundación Juan March, abril 1979: siguiendo su argumentación podríamos decir que los conceptos mentales en términos de sentimientos cumplen una función media ta como conceptos teóricos en la explicación científico-psicológica de la conducta (psicología científica); ahora bien, el aspecto "interno" de las reglas en Hart, cumpliría -y aquí su diferencia- una función immedia

El lenguaje es una actividad normativa, regida por reglas y convenciones que delimitan los usos de las expresiones (1). Para Nowell-Smith es necesario distinguir entre el objeto por el que se usa la palabra y el trasfondo contextual del uso lingüístico, es decir, en que condiciones y situaciones es adecuado el uso de esa palabra para ese objeto. Para este autor -cuyo "propio contexto" es, lo que se ha venido denominando "filosofía del lenguaje ordinario" o "Escuela de Oxford"- el concepto psicológico, el de "actitud en pro o en contra": "La elección de este término, deliberadamente vago, responde a la necesidad lógica, ya experimentada por Hobbes, de disponer de una noción suficientemente general que abarque todas las disposiciones, inclinaciones, deseos, etc., "favorables" a, o que se dirigen hacia. ..." (2).

El discurso moral, pues, se traslada del ámbito semántico al ámbito pragmático en un contexto de interacción, en el que el propio lenguaje posee un carácter dinámico. En el concepto de obligación, no respondemos a la pregunta ¿qué estamos obligados a hacer? ¿qué debo hacer?, sino que tratamos de descubrir y calibrar las condiciones lógicas entendiendo este término en un sentido amplio- de su formulación y de sus posibles respuestas. Lo que -

---

cont.-ta en la expresión y autodescripción del individuo como sujeto de experiencia, objeto de reflexión filosófica.

Una de las críticas más radicales al concepto de obligación jurídica es la que hace Hägerström en su gran tratado sobre el concepto romano de obligación, identificando a ésta como un vínculo místico con significado mágico (citado por Olivecrona, op.cit., pág. 86).

- (1) La superación del reduccionismo logicista del "Tractatus" se va superando en posteriores trabajos de Wittgenstein. Para una concepción del lenguaje como sistema pautado, sometido a reglas, con un significado determinado por sus innumerables usos lógicos, vid. "Philosophical Investigations", L.Wittgenstein, Basil Blackwell, Oxford, 1978. Como simple muestra, cabe citar su conocida expresión:

"For a large class of cases -though not for all- in which we employ the word "meaning" it can be defined thus: the meaning of a word is its use in the language" (P.43).

- (2) Gilberto Gutiérrez, Introd. a la obra "Ética" de N.Smith, pág. 14, ed. Verbo Divino, 1976.

trato de elucidar no es un problema tendente a la justificación y formulación de reglas de conducta objetivas, objeto propio de una posible ~~y~~ muy discutible- ética normativa de contenido sustantivo. Trato simplemente de reflexionar sobre los significados y funciones típicas de ciertos términos (deber, obligación) y las conexiones lógicas entre ellos. Que el status del lenguaje prescriptivo sea más pragmático que semántico, no justifica lógicamente que hablemos de lo que debamos hacer, sino de qué significamos al decir que "A tiene el deber de hacer X", o qué diferencia posible existe entre los enunciados "verse obligado" y "tener una obligación". Los compromisos morales últimos son decisiones, no actos de conocimiento (1).

Los enunciados que contienen el término "debe" son usados para diversas tareas o funciones; se ha dicho, por ejemplo, que se trata de enunciados usados como imperativos encubiertos, de mandatos encubiertos: ahora bien, - mientras que los mandatos (generales y singulares) presuponen una investidura de autoridad, los enunciados de "deber" implican una presuposición lógica de dar razones: "Los mandatos difieren de los enunciados de deber por cuanto quien da una orden no está lógicamente obligado a dar razones por las que - debe ser obedecido" (2).

---

(1) En este sentido, Nowell-Smith dice: "La más importante y difusiva (confusión) es la que consiste en transferir a las discusiones en torno al lenguaje moral los conceptos que han sido utilizados con éxito para elucidar el lenguaje de las matemáticas o de la ciencia. Esto ha llevado a algunos filósofos a presentar erróneamente el conocimiento sobre la forma de guir la propia vida como conocimiento de verdades teóricas, bien acerca de la naturaleza humana, bien acerca de un reino especial de "valores". Este error, combinado con la clara conciencia de que las verdades acerca de hechos no implican imperativos, y de que ni las verdades acerca de hechos ni los imperativos implican decisiones, ha dado pie a la doctrina según la cual los términos morales han de designar entidades especiales y al postulado de una facultad especial que responda de nuestro conocimiento de las verdades morales. La diferencia crucial entre el discurso teórico y el práctico ha sido erróneamente representada como una diferencia entre los conjuntos de objetos descritos, en vez de serlo como una diferencia en el papel que desempeñan los diferentes tipos de expresión", *Etica*, cit., págs. 343-344.

(2) N. Smith, *Etica*, cit., pág. 214.

Para entender la función que los enunciados de deber pueden implicar (decidir, aconsejar, predicar, exhortar...), es necesario preguntarnos sobre las condiciones en que es adecuado el uso de esa palabra para los diferentes objetos por los que se usa (se trata de comprender el transfondo contextual lingüístico): "El uso primario de los enunciados con "debes" es decir a alguien que haga algo en aquellos casos en que está contextualmente implicado que el hablante tiene razones en favor de lo que dice" (1). Nowell-Smith continúa diciendo: "La lógica del aconsejar, el exhortar y el mandar requiere una actitud en pro por parte del hablante hacia la aceptación del consejo o la ejecución de la orden. Esta actitud, ciertamente, no tiene que estar presente en todas las ocasiones" (2).

Lo importante para Nowell-Smith son las implicaciones contextuales que acompañan a los términos, determinantes de su significado. Por ello, se habla de los deberes como las demandas que nos hacen los demás, de la creencia en la existencia de una alta probabilidad en la aceptación de los consejos o en la ejecución de las instrucciones. El hecho de que se utilice como sinónimo de "deber" el término "obligación" implica una conexión entre los deberes y las demandas de los demás: se trataría, pues, de "una metáfora obvia de la coerción" (3). Pero el verse obligado no significa una necesidad cau-

---

(1) N.Smith, *Etica*, cit., pg.221. Aducir una razón adopta a menudo la forma de apelación a una regla. Esta idea se puede ver en J.Raz, "Practical - Reason and Norms", Hutchinson, London, 1975. También de este autor, uno de los discípulos más destacados de Hart, "Promises and Obligations", - donde conecta el concepto de "promesa", "obligación" y "regla", en "Law Morality and Society", Oxford, 1977, pgs. 210 a 228. Sobre estos problemas, sobre la base del conocido artículo de Searle "How to derive "Ought" from "Is" ", J.S.P. Hierro, "Problemas del análisis del lenguaje moral", cit., pág. 131 y sgs. y la bibliografía que allí se cita.

(2) N.Smith, cit., pág. 221.

(3) N.Smith, cit., pág. 223.



sal o lógica. Tampoco el verse obligado implica carencia de libertad (1). - Después de un amplio razonamiento, Nowell-Smith destaca tres aspectos en torno al concepto de obligación: en primer lugar, la obligación no es idéntica con la "libre" elección, sino que se contrapone a ella; en segundo lugar, nuestros propios motivos no siempre nos obligan, por el contrario, ha de haber (lógicamente) motivos que no lo hagan; en tercer lugar, las circunstancias que nos obligan son obstáculos difíciles de superar y poco habituales. Esta clase de obligación (el hecho de verse obligado por las circunstancias) se diferencia de la obligación mediante amenazas en que ésta, si bien implica una actuación voluntaria (en el sentido de que se escoge hacer lo - que se hace), no se actúa libremente. La obligación jurídica (y la cuasi-jurídica, como obediencia a reglas o leyes de índole bien definida, distintas de la legislación vigente), trae consigo sanciones institucionalizadas por infracción de las reglas. Ahora bien, no sólo obedezco por miedo a la sanción. Puedo hacerlo, por que se me ha enseñado (hábito) o, por lo que Nowell-Smith llama siguiendo una antigua tradición- el sentido del deber (2). Por último, se habla de obligaciones morales, que si bien sus funciones son semejantes a las obligaciones jurídicas (y la función más importante de los códigos jurídicos y morales es procurar a la gente motivos para hacer algo que de lo contrario no haría), el rasgo que las distingue de todas las demás es que son autoimpuestas (3).

---

(1) Así N.Smith, cit., pg. 229 dirá: "La libertad es la capacidad de cumplir los propósitos de uno, no el estado de carencia de propósitos".

(2) Para una clarificación de este concepto, y sus diferencias con la terminología kantiana, "Etica", cit., cap. XVII.

(3) Etica, tic., pg.233. Una diferenciación más inteligente entre obligaciones jurídicas y morales, en Hart, "El Concepto de Derecho", pg.208 a 223. También en "Legal and Moral Obligation", Essays in Moral Philosophy, ed. A.I.Melden, University of Washington Press, Seattle, 1958, pp.82-107. - Sin ser nuestro propósito entrar en la discusión exhaustiva de este tema, la posición de Hart podríamos resumirla brevemente en los siguientes términos: si bien la argumentación básica de muchos juristas en torno a la diferencia entre normas jurídicas y morales se fundamenta en la existencia de sanciones externas e institucionalizadas para las primeras, se podrían aducir otros argumentos para su distinción; es conceptualmente imposible mantener que:

1) Los deberes morales pueden desaparecer por una revocación o mandato del legislador, como puede ocurrir con los jurídicos.

2) Que los deberes morales pueden referirse a actividades que no se

El concepto de "deber jurídico" se aplica siempre que las normas jurídicas exigen o prohíben determinada conducta (deberes negativos y positivos) (1). También se suele extender este concepto al pago de indemnizaciones por quien ha causado un perjuicio a otro (lesión penal) al cumplimiento de un contrato o la abstención de las acciones que pueden dar lugar a la responsabilidad civil extracontractual. En principio, la palabra "deber" se refiere a una situación que presupone una norma jurídica.

La noción de deber ha sido considerada fundamental desde la Teoría del Derecho (así, por ej., Austin y Kelsen). La explicación de otros conceptos jurídicos exige su utilización. Otros juristas han invocado su sustitución por "la enumeración de las circunstancias en que el poder público llegará a imponerse a un hombre mediante una decisión judicial" como expresó Holmes (2). Esta sería, pues, como ya hemos visto, la base de un análisis predictivo del deber, basado en la formulación clásica de Bentham, para el que el "deber" o la "obligación" no son nombres que designen realidades, sino "ficcio

---

cont.-consideran importantes, como podría ser el caso de los deberes jurídicos.

3) que los deberes morales generales serían creados expresamente con el mero propósito de lograr algún fin social y objetivo, como muchos deberes jurídicos.

Por otro lado, al hablar de obligaciones morales es importante distinguir entre la moral convencional y dominante moral positiva-, y los ideales críticos que pueden gobernar una vida individual pero que no constituyen un código común del grupo. Sobre la "moral positiva" y la "moral crítica", vid. H.L.A. Hart, "Law, Liberty and Morality", OUP, 1978. También "El Concepto de Derecho", cit., págs. 224 y sgs.

(1) Para D.N. Mac Cormick, el término "deber" en el Derecho, no puede ser derivado de mandatos e imperativos, sino que su significado se encuentra en el uso de las reglas y standards como guías de conducta y crítica; - así, en "Legal Obligation and the Imperative Fallacy", Oxford Essays in Jurisprudence, ed. by A.W.B. Simpson, Oxford 1973, pág. 100 y sgs. Para una crítica de la teoría sancionadora del deber, "Sanctions Theories of Duty", P.M.S. Hacker, op.cit., pág. 131 y sgs.

(2) La cita está tomada de la voz "deber" de Hart, en la Enciclopedia de Ciencias Sociales.

nes", tan sólo comprensibles en un contexto determinado: para Bentham, el deber o la obligación jurídica de hacer o no hacer algo, era, en definitiva, la probabilidad de ser sancionado por la autoridad en el caso de no comportarse de este modo. No vamos a volver a criticar el análisis predictivo del deber y la obligación (como crítica fundamental se podría decir que el análisis predictivo niega el aspecto interno de las reglas obligatorias), sino simplemente tener en cuenta todo lo dicho acerca de la existencia de reglas, de su función justificadora del castigo ante ciertos comportamientos, y del fenómeno social explicativo de "aceptación de una regla". En principio, pues, se puede decir que la "conexión normativa" supera el "análisis predictivo", entendiendo por la primera, la admisión general de la existencia de normas jurídicas como guías de la conducta y como criterios legitimadores para su cumplimiento, castigo o reparación coactiva. Ahora bien, también el análisis predictivo explica el fin o propósito al que se tiende al enunciar un deber, completando, por ello, la noción de obligación (1).

- 
- (1) Es útil la distinción de J.L. Austin entre "significado" y "fuerza", en "How to do things with Words", OUP, 1962, pgs. 94-119. Se cita expresamente en el artículo "Il concetto di obbligo", cit., en el que se define al significado de una proposición como un elemento constante regulado por las convenciones lingüísticas para una generalidad de usos, mientras que la fuerza del uso de una proposición despende de la intención de quien habla, variable según las circunstancias. Así dirá Hart: "il modello di Bentham può essere criticato per aver presentato come significato di obbligo un aspetto che di fatto non fa parte del significato, - ma è caratteristico della forza che le asserzioni di obbligo frequentemente assumono", pg. 136. Hay una réplica en el art. ya mencionado anteriormente de Gavazzi, pg. 173-74, aduciendo la tesis de que la predicción de sanciones no forma parte de la fuerza de la proposición que se enuncie, sino que es constitutiva de su significado. Por su parte, P.M. Hacker, en un artículo titulado "Sull'uso di "dovere" ", en la misma Rivista di Filosofia (Vol. LVII, nº 2, 1966), insiste en que la confusión entre uso y significado es común en numerosas teorías sobre el deber y la obligación; el artículo desarrolla, en la mejor tradición analítica, la influencia de las actitudes de los interlocutores sobre el uso de expresiones que se refieran a deberes u obligaciones. También es útil la distinción entre la obligación de obedecer a una regla y las razones de aceptar una regla. Sobre esta distinción como crítica a los utilitaristas - es muy esclarecedor el cap. XVI de la obra ya citada de Nowell-Smith. - También es muy inteligente la crítica de Rawls a los utilitaristas en función de la distinción entre "justificar una práctica" punto de vista del legislador mirando al futuro - y "justificar una acción particular" punto de vista del juez, mirando al pasado bajo un aspecto retributivo. Vid. para ello, cit., "Dos conceptos de reglas", pg. 213.

La pregunta clave, después del análisis teórico precedente, sería: - ¿se justifica -en función de su finalidad política y teórica- que sigamos hablando, desde la Teoría del Derecho, del concepto de deber jurídico? La formulación predictiva era comprensible para el utilitarista y reformador de la legislación (balance de sufrimientos humanos por el castigo y beneficios de la ley). La formulación normativa clásica, (Kelsen), incluía al deber jurídico como concepto nuclear explicativo de la Teoría Pura del Derecho, cuyo centro lo constituía la imputación y la sanción: "La noción de deber jurídico está ligada a la de acto ilícito, mientras que la de responsabilidad se vincula a la de sanción. A su vez, el acto ilícito y la sanción están unidos en la proposición jurídica por el principio de imputación. Tales son las nociones primordiales de una Teoría del Derecho" (1). La función del Derecho es, según esta concepción, la de ordenar o prohibir coactivamente ciertos actos.

El profesor Carrió (2), siguiendo a Strawson, habla de "una grave pérdida del equilibrio conceptual" en la Teoría del Derecho; existe un claro -desfase entre el contexto social que originó la Teoría General del Derecho (Austin, Kelsen) y el contexto social de nuestra época. Muchos conceptos de la teoría jurídica han quedado desfasados ante el desarrollo y complejidad de las relaciones sociales de nuestro modo de producción post-industrial.

De todo lo dicho, podríamos obtener tres conclusiones provisionales:

- 1) El concepto de "conducta gobernada por reglas" es una noción muy -útil para la explicación de los fenómenos sociales, concepto que -aporta a la metodología de las ciencias sociales elementos de ruptura con el monismo metodológico hipotético-deductivo.
- 2) El análisis de la obligación jurídica desde el "aspecto interno" de las reglas -concepto muy discutible-, supera provisionalmente, a mi juicio, tres tipos de análisis:

---

(18) Se utiliza la trad. castellana de EUDEBA, pág. 80.

(19) Genaro R. Carrió, "Sobre el concepto de deber jurídico", Abeledo-Ferrot, 1966, pág. 41.

- a.-El análisis predictivo (Bentham, Austin, Holmes).
- b.-El análisis normativo clásico (Kelsen).
- c.-El análisis en términos de sentimientos o como conceptos mentales imaginarios (Hägerström, Escuela Escandinava).

3) Es necesario superar el análisis de la obligación jurídica realizado en la Teoría del Derecho -tal y como ha venido formulado desde Austin y Kelsen- para utilizar una noción más amplia -sin caer, por tanto, en el escepticismo conceptual- de exigencia social, de presión y dominación política en busca de la uniformidad y el consenso, y de la sumisión y aceptación por parte del transgresor de la crítica y la represión. Esta idea es defendida por Hart, para acabar diciendo: "Las sanciones coactivas del Derecho pueden ser interpretadas mucho más lúcidamente como la forma jurídica característica, pero no constante, de este concepto más amplio" (1).

En un excelente artículo por su capacidad de síntesis y claridad, Bobbio (2) resume las principales teorías de la obligación jurídica en función de dos planos: en primer lugar, por el modo de definición del concepto; en segundo lugar, por la posición del propio concepto dentro del sistema conceptual de la Teoría General del Derecho. En el primer plano, diferencia diversos conceptos según el punto de vista adoptado (haciendo hincapié en el sujeto activo de la obligación-fuente- tendríamos como ejemplo la concepción de Austin, a diferencia de una concepción de la obligación jurídica desde el destinatario o sujeto pasivo), según los elementos conceptuales empleados - (norma en V.Wright o sanción en Bentham), y, por último según el plano considerado (superioridad del "Sollen" -Ross, teorías predictivas, explicación de la obligación en términos de impulsos conativos ("conative impulse") -Hägerström- o como místico vínculo imaginario -Olivecrona-).

Dentro del segundo plano, expone tres posibilidades: una teoría positiva (posición privilegiada y central del concepto de obligación) -Kelsen-, - una teoría negativa (considera al concepto de obligación como un concepto se

---

(1) Voz "Deber" de la Enciclopedia de las Ciencias Sociales, artículo escrito por el profesor Hart.

(2) N.Bobbio, "Considerazioni in margine", en "Rivista di Filosofia", cit.

cundario) y una última posición neutra -last but not least- que ni sobrevalora ni infravalora el concepto en el contexto de los conceptos jurídicos -generales propios de una Teoría del Derecho (1).

La teoría de la obligación en Hart ocupa un lugar fundamental dentro de la Teoría General del Derecho. Si bien es una teoría de gran complejidad -"è una teoria molto articolata e complessa"- supone para Bobbio una corrección al normativismo pero en la dirección de una mayor atención al mundo de los hechos. El elemento "norma", si bien es fundamental, no es suficiente -para el concepto de obligación. Hart introduce nuevos requisitos: exigencia de conformidad y presión social, añadiendo para la diferenciación de la obligación jurídica -dentro de un sistema jurídico evolucionado- la previsión y regulación de sanciones ante la violación de una norma primaria.

Respecto del punto de vista está claro que Hart acepta el punto de vista de los destinatarios de las normas, añadiendo como concepto fundamental el de la "aceptación" (que no significa mera conformidad ni aprobación moral- al menos en sus contenidos sustantivos, sin que esto implique negar la existencia de una valoración básica que sustenta toda aceptación normativa-): "Si dice che un soggetto accetta una norma quando la usa come modello di -comportamento per sé o per gli altri, on de la norma costituisce per lui la ragione per cui agisce nel modo previsto dalle norme o la ragione per criticare coloro che non vi si conformano, in definitiva costituisce il criterio di giustificazione della propria azione conforme o della reazione contro -l'azione conforme altrui" (2).

Para Bobbio es fundamental esta pregunta: "Ma l'accettazione de parte di chi?". No sólo, por supuesto, de los funcionarios, sino de la mayoría de la sociedad civil. Y es la construcción jurídica del poder democrático la -que puede satisfacer con mayor amplitud estas exigencias: "Un ordinamento -giuridico reale, col suo intrecciarsi di norme accettate, o soltanto osservate, o addirittura respinte, è sociologicamente un sistema di convivenza che

---

(1) En este sentido, Hohfeld "Fundamental Legal Conceptions", Yale University Press, 1964. Hay trad. castellana, 1968, en Centro Editor de America Latina, con el título "Conceptos jurídicos fundamentales".

(2) Bobbio, op.cit., pág. 245.

a per limiti ideali, da un lato, la comunità conventuale, dall'altro, il - campo di concentramento. Si intende poi che tra i sistemi giuridici reali - si può distinguere una gamma volto varia, secondo che, considerata la totalità dei destinatari, prevalgano le norme accettate o le norme soltanto osservate: in questa gamma varia emergono i tipi ideali del sistema democratico, che lambisce il limite della comunità conventuale, e del sistema tirannico che lambisce il limite del campo di concentramento" (1).

Al profesor Passerin le parece conveniente, a partir del análisis de la obligación jurídica en Hart, intentar construir una teoría de la obligación política (2). La obligación de aceptar la autoridad del Ordenamiento - no se trata de una obligación moral (la aceptación de la norma no implica - necesariamente una valoración moral sobre la misma, por lo menos, de forma inmediata) (3), ni tampoco una obligación jurídica (no hay una norma que imponga una sanción a quien no acepte el ordenamiento -aceptación en el sentido hartiano, como interiorización, y no como mero sometimiento externo): - "Non metterebbe conto di esaminare se quelle "considerazioni diverse", come le chiama Hart -no morali, ma neppure giuridiche- che determinano l'accettazione del sistema e la "fedeltà all'ordinamento" non costituiscano gli elementi di un obbligo di tipo diverso sia da quello giuridico che da quello morale? E ciò facendo non siamo riportati al problema tradizionale della teoria politica: che cosa significa propriamente dire: "l'ordinamento deve esser accettato", "le leggi devon essere obbedite"? Dopotutto, sia il calcolo d'interesi (principio utilitaristico), che la sollecitudine per gli altri ("appe

---

(1) Bobbio, op.cit., pág. 246.

(2) A Passerin D'Entrèves, "Introno all'obbligo politico", en la Rivista di Filosofia ya citada, pgs. 156 y sgs. Para un desarrollo analítico del concepto de obligación política -tema que tan sólo dejamos señalado-, del mismo autor, "Sulla natura dell'obbligo politico", Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, 1967, pg.573 y ss (reproducido en "Obbedienza e resitenza in una società democratica", ed. di Comunità Milan, 1970, p. 69-86).

(3) Hay que distinguir entre la aprobación moral de una regla, y su "interiorización" como norma obligatoria, que, en todo caso, presupone una valoración. Así Hierro dice: "Para quienquiera que rechace estas valoraciones últimas no hay posibilidad de justificar racionalmente por qué se - debe hacer lo que mandan las normas jurídicas", "Normas y valoraciones" págs. 136-9, op.cit.

titus societatatis"), che il rispetto della tradizione (per tacer di altre innu-  
merevoli possibili considerazioni), hanno fornito lo spunto ad autori insig-  
ni per provare l'esistenza di un obbligo politico al quale gli uomini devo-  
no sottostare" (1). La cita es larga, pero merece la pena, ya que sitúa el  
problema en el ámbito de la teoría política. Esta obligación política sería  
una especie de obligación de segundo grado, que no implica la obediencia a  
normas concretas sino la obligación genérica de respeto a la ley (2).

3) Hart, a lo largo de su obra, trata de describir y explicar el com-  
portamiento social que está sometido a reglas desde un punto de vista inten-  
cional o teleológico, es decir, teniendo en cuenta las creencias, valoracio-  
nes y deseos del sujeto respecto de las instituciones sociales dentro de las  
cuales desarrolla su razonamiento práctico. La descripción normativa es el  
requisito necesario para la explicación del comportamiento social, explica-  
ción que caracteriza las prácticas sociales que normalmente informan la com-  
prensión del agente al llevar a cabo acciones dentro de un determinado con-  
texto social (3).

---

(1) "Introno all'obbligo politico", cit., pág. 163.

(2) En este mismo sentido, Scarpelli habla de la aceptación como "scelta -  
politica" en "Cos'è il positivismo giuridico", Milani, 1966, pp. 132-133  
y 146. Dentro de esta misma problemática, señalando las relaciones en-  
tre Derecho y Poder, el libro del prof. Peces-Barba "Libertad, Poder, -  
Socialismo", ed. Civitas, 1978, sobre todo, su artículo "Relaciones so-  
bre Derecho y Poder", pág. 219 y sgs. Así también, E. Díaz, "Legalidad-  
legitimidad en el socialismo democrático", en la misma editorial.

(3) En este sentido, es interesante la obra de J. Raz "Practical Reason and  
Norms", Hutchinson University Library, London, 1975. Para este discipu-  
lo de Hart, el concepto central para explicar las normas es el de "razo-  
nes para la acción", a partir del cual explica también los diversos ti-  
pos de normas. La estructura lógica de los enunciados que establecen ra-  
zones sería: "R ( $\rho$ ), p. x", fórmula que se, lee así: "El hecho p es una  
razón para el sujeto x de realizar la acción  $\rho$ ", De igual forma, dice P.  
M.S. Hacker: "The crucial feature for Hartian purposes is the question of  
what the agent's other (partial) reasons are, which, together with the  
operative facts, constitute a complete reason for him to perform the -  
norm-act", "Hart's Philosophy of Law", en "Law, Morality and Society", Es-  
says in honour of H.L.A. Hart", Oxford, 1977, p. 14. Por "hechos operati-  
vos" entiende Hacker la especificación de los hechos para la realización  
de un acto normativo dada una regla general.



Los conceptos centrales de la Filosofía del Derecho de Hart están íntimamente relacionados. El argumento positivo que Hart expone para rechazar el concepto de Derecho en términos de órdenes coercitivos o hábitos predecibles de comportamiento (1), es la descripción y explicación de la idea general de obligación, condición necesaria para comprender la obligación en su forma jurídica. Para comprender el concepto de obligación, Hart tiene en cuenta una situación que incluya la existencia de reglas sociales, concepto que Hart diferencia de los hábitos sociales (2) diferencias, que, recordemos una vez más, se concretan en tres puntos principales: a) mientras que para la existencia de un hábito simplemente es necesario que las conductas sociales converjan de hecho, cuando existe una regla las desviaciones son generalmente consideradas como faltas susceptibles de crítica y las amenazas de desviación chocan con una presión en favor de la conformidad.

b) cuando existen las reglas, no sólo se hace de hecho esta crítica sino que las desviaciones respecto del modelo o pauta son aceptados generalmente como una buena razón para formularla.

c) la tercera diferencia es la característica del "aspecto interno de las reglas", aspecto necesario para comprender la terminología normativa.

Dentro del concepto de reglas sociales, Hart destaca las reglas de obligación. Ambas implican standards de conducta, y aunque el enunciado de que alguien tiene o está sometido a una obligación implica sin duda alguna la existencia de una regla, sin embargo, no siempre la existencia de reglas implica que la conducta requerida por ellas es concebida en términos de obligación. La regla que impone obligaciones tiene, para Hart, tres características principales (3):

1) En primer lugar, la insistencia en la importancia o seriedad de la presión social que se encuentra tras las reglas es el factor primordial que determina que ellas sean concebidas como dando origen a obligaciones.

---

(1) Vid. F. Sieglar, "Hart on Rules of Obligation", 45 Australasian Journal of Philosophy, 1967, págs. 341-355.

(2) C.D., op.cit., 69 y ss.

(3) C.D., op.cit., págs. 108-109.

2) en segundo lugar , las reglas sustentadas por esta presión social sería son reputadas importantes porque se las cree necesarias para la preservación de la vida social o de algún aspecto de ella al que se atribuye - gran valor.

3) por último, se reconoce generalmente que la conducta exigida por es tas reglas, aunque sea beneficiosa para otros, puede hallarse en conflicto - con lo que la persona que tiene el deber desea hacer. Así, dice Hart: "De - aquí que se piensa que las obligaciones y deberes característicamente impli can sacrificio o renuncia, y la constante posibilidad de conflicto entre - obligación o deber y el interés es, en todas las sociedades, uno de los lu gares comunes del jurista y del moralista" (1). Así pues, según Hart, se di ce y se piensa que una regla impone obligaciones cuando la exigencia general en favor de la conformidad es insistente y la presión social ejercida sobre quienes se desvían o amenazan con hacerlo es grande (2).

---

(1) C.D., p. 109.

(2) Una crítica a estas características puede encontrarse en R. Bernstein - (Mind, October, 1964, IXXIII, pp. 563-566), para quien Hart "has failed to provide adequate criteria for distinguishing rules which can properly be said to impose obligations from other rules"., ya que hay "social rules which we have an obligation to resist and oppose" que tienen aque llas características adscritas por Hart a las reglas de obligación, y - "there are also rules which do impose obligations, or at least we concei ve of them as imposing obligations", donde las características de Hart no se pueden encontrar. Este análisis podría ser completado con la for mulación hartiana de las características que conforman la existencia de una regla social que impone deberes dentro de un contexto general de acep tación social de la regla por parte de los miembros del grupo (regla - primaria). Según Hacker, (op.cit., pág. 17) son ocho: 1) una regla que impone deberes debe exigir a sus sujetos normativos la ejecución o abs tención de un acto dado en determinadas circunstancias.

2) la regla debe ser considerada, por la mayoría de los miembros - del grupo social, como una regla importante porque se piensa que es nece saria para el mantenimiento de la vida social.

3) La conducta exigida puede enfrentarse con los deseos del sujeto normativo.

4) la sumisión debe ser general.

5) en el caso de desviaciones (no cumplimiento de los comportamien tos exigidos por la regla) se producirán serias reacciones críticas.

6) la desviación es generalmente aceptada como una buena razón pa ra que se produzca una reacción crítica.

7) las reacciones críticas son consideradas generalmente como legí timas ("are not met with counter-criticism").

8) el lenguaje normativo es usado en las expresiones que formulan respuestas críticas.

a) Una de las principales críticas que se le han hecho a Hart, es la tesis sustentada por R.Beehler (1), para quien Hart, a lo largo de su obra, va a sostener dos conceptos de Derecho claramente inconsistentes e incoherentes: en Hart -sostiene Beehler- hay una tendencia a concebir el concepto de obligación -moral o jurídica- en términos de "ser obligado", y "ser obligado a obedecer", distinto de obedecer (2), se puede expresar en el siguiente enunciado: "ser responsable a sufrir si no se obedece". Esta tesis, dice -Beehler, se desprende del cap.VI del "Concepto de Derecho", tesis que es incoherente con el expreso y meditado rechazo de Hart de la teoría predictiva (3). Precisamente, gran parte de la obra de Hart consiste en establecer una diferenciación entre los enunciados de obligación y los enunciados de la teoría predictiva. Para Hart, las reglas sociales que imponen obligaciones en una comunidad primitiva son obligatorias en virtud de la aceptación social de tales reglas por la mayoría de la comunidad; es decir, los miembros de la comunidad aceptan tales reglas como standards de conducta, pero cuando pasamos al mundo jurídico, las normas jurídicas se consideran obligatorias en virtud de su identificación u origen según un nuevo tipo de regla secundaria aceptada por los funcionarios y expertos del sistema desde un punto de vista interno; ahora bien, desde el punto de vista de la sociedad civil, las reglas van a ser obedecidas desde un punto de vista externo: esto significa que la obediencia va a estar motivada por el uso de sanciones por parte de los funcionarios para asegurar la eficacia del sistema, concepción similar a la teoría predictiva expresamente rechazada por Hart. Dice Hart:

"Lo que torna a la palabra "obediencia" equívoca como descripción de lo que hacen los legisladores al ajustarse a las reglas que les confieren -potestades, y de lo que hacen los tribunales al aplicar una regla de reconocimiento última aceptada, es que obedecer una regla (o una orden) no implica

---

(1) "The Concept of Law and the obligation to obey", "The American Journal of Jurisprudence", 1978, vol.23, Notre Dame Law School, Natural Law Institute, pgs. 120-142.

(2) Beehler, op.cit., pág. 132.

(3) Hay que recordar aquí la distinción de Hart entre "ser obligado" y "tener una obligación". Estas diferencias ya fueron formuladas por Hart antes de escribir "El Concepto de Derecho" en "Legal and Moral Obligation", -Essays in Moral Philosophy", A.I.Melden (ed.), University of Washington Press, 1958, pp. 82-107, es. p. 89 y ss.

necesariamente que la persona que obedece piense que lo que hace es lo correcto tanto para él como para los otros: no es menester que vea en ello el cumplimiento de una pauta o criterio de conducta para el resto de los miembros del grupo social...no hace falta que su conducta tenga ningún elemento de - ese carácter crítico que va implicado dondequiera se aceptan reglas sociales, y se manejan tipos de conducta como pautas o criterios generales de compor-tamiento. Quien obedece no necesita, aunque puede, compartir el punto de vista interno que acepta las reglas como pautas o criterios de conducta para - todos aquellos a quienes se aplican. En lugar de ello, puede limitarse a ver en la regla algo que exige de él una acción bajo amenaza de pena; puede obedecerla simplemente por temor a las consecuencias o por inercia, sin pensar que él u otros tienen la obligación de comportarse así y sin estar dispues- to a la autocritica o a la crítica de la conducta ajena en caso de desviación. Pero este interés meramente personal en las reglas, que es todo el interés, que el ciudadano ordinario puede tener el obedecerlas, no caracteriza, ni po- dría hacerlo, la actitud de los jueces frente a las reglas que ellos manejan al actuar como tales" (1). Por tanto, las dos condiciones necesarias y suficientes mínimas para la existencia de un sistema jurídica (2), por un lado, las reglas de conducta válidas según el criterio de validez último del sis- tema tienen que ser generalmente obedecidas, y, por otra parte, sus reglas de reconocimiento que especifican los criterios de validez jurídica, y sus reglas de cambio y adjudicación, tienen que ser efectivamente aceptadas por sus funcionarios como pautas o modelos públicos y comunes de conducta oficial, implica y asume una teoría de la obediencia por parte de los ciudadanos que podría ser integrada en el ámbito de las teorías predictivas, ya que los elementos diferenciadores de la teoría del Derecho de Hart tan sólo se dan en el contexto, "oficial" de las acciones de los expertos funcionarios.

---

(1) C.D., op.cit., págs. 143 y 144.

(2) C.D., op.cit., pág. 145.

b) Obligación jurídica-moral.

Una de las ideas centrales de Hart ha sido el intento de construir una teoría de la obligación jurídica, es decir, el intento de construir un concepto autónomo y específico de obligación moral. Este intento ha formado parte de la tradición del positivismo jurídico inglés -Hobbes, Bentham, Austin- para quienes el Derecho es algo distinto de la Moral: la obligación de observar las reglas que son normas jurídicas es un tipo de obligación distinta - de la obligación de observar reglas morales; las reglas jurídicas obligan, no en virtud de consideraciones, sino en virtud de algún otro tipo de consideraciones que posibiliten la autonomía y especificidad del concepto de obligación jurídica (1).

En primer lugar, habría que señalar las principales diferencias que - Hart observa entre las reglas jurídicas -o sociales- y las reglas morales de obligación y deber (2):

1) La importancia no es esencial al status de todas las reglas jurídicas como lo es al status de las reglas morales.

2) Las reglas o principios morales, a diferencia de las reglas jurídicas, son inmunes al cambio deliberado, es decir, no son susceptibles de ser rechazadas o adoptadas mediante un "fiat" humano (sanción, legislativa, sentencia judicial, etc.).

3) El carácter interno de la moral significa solamente que es condición necesaria de la responsabilidad moral el hecho de que el individuo tenga un cierto tipo de control sobre su conducta; la responsabilidad jurídica, por el contrario, no queda necesariamente excluida por la demostración de - que el acusado no podría haber observado la norma que transgredió.

---

(1) Sobre este punto, en referencia a la obra de Hart, vid. Roscoe E. Hill, - "Legal Validity and Legal Obligation", Yale Law Journal, vol 80, n° 1, 1970 págs 47-75; para R.E. Hill, el concepto de obligación jurídica en Hart - es ambiguo e incoherente, ya que, por un lado, está conectado con la idea de validez jurídica -la validez jurídica establece la obligación jurídica- y por otro, con la idea general de obligación social.

(2) Hart, C.D., p. 214 y ss. El propio Hart señala ciertas semejanzas entre ambos tipos de regla: 1) ambas son concebidas como obligatorias con independencia del consentimiento del individuo obligado a estar sustentadas por una seria presión social tendente a la consecución de una conducta regular. 2) su cumplimiento se entiende como una contribución mínima a la vida social, "que ha de tomarse como cosa corriente. 3) ambas se refieren a situaciones que se repiten constantemente. 4) tienen que ser satisfechas por cualquier grupo de seres humanos para poder convivir. En ambas se hallará "algún tipo de prohibición de la violencia a las personas o a la propiedad, y algunas exigencias de honestidad y veracidad". (p. 214).

4) Mientras que la forma típica de presión jurídica consiste en la disuasión por medio de amenazas de castigo físico o consecuencias desagradables, en la moral, la forma típica de presión consiste en apelar al respeto hacia las reglas, en cuanto cosas importantes en sí mismas, que se presume compartida por aquellos a quienes se dirige la exhortación.

Ahora bien, como ha señalado R.Beehler (1), es importante apreciar - que las pretensiones diferenciadoras de Hart se refieren solamente a los - principios, reglas o standards morales y jurídicos, y no a las obligaciones morales y jurídicas. Por el contrario, Hart sostiene que la sanción de una norma jurídica implica, ipso facto, la obligación de obedecerla, siendo ésta - obligación jurídica. Las reglas producidas de acuerdo con una regla secundaria aceptada son obligatorias en virtud de su origen, al igual que son reglas jurídicas en virtud de esa forma de producción. Hart identifica el carácter "jurídico" y el carácter "obligatorio". La obligatoriedad de las reglas jurídicas primarias deriva en última instancia de una regla secundaria particular que es aceptada. Ahora bien, sería necesario plantearse las siguientes preguntas: ¿en virtud de qué principio obligan las reglas dictadas de acuerdo con una regla secundaria aceptada? ¿qué tipo de obligación imponen las reglas secundarias?. Antes de la existencia de normas secundarias, ¿qué tipo de obligación imponen las reglas primarias?. Si las reglas primarias, en - el modelo simple, son obligatorias porque son aceptadas como standards de - comportamiento, ¿qué diferencia existe entre la obligación impuesta por las normas primarias del modelo simple y la obligación indirecta impuesta por - las normas secundarias? ¿Acaso no estamos ante la imposibilidad de concebir autónomamente la obligación jurídica?.

A mi juicio, en la teoría del Derecho de Hart subyace un reconocimien

---

(1) R.Beehler, op.cit., pág. 122.

to general de una obligación moral de obedecer al Derecho (1). Sin utilizar como argumento para sostener mi tesis la ambigua teoría del "contenido mínimo de Derecho Natural" -tema que será objeto de estudio en el apartado de - las "Tesis del Positivismo Jurídico", creo que el carácter de las reglas primarias de obligación presupone determinados principios morales: en la concepción de Hart, hay reglas primarias de obligación porque todos los hombres poseen determinadas actitudes y deseos bajo los cuales subyacen ciertas valoraciones sobre los bienes a conseguir; cuando los miembros de la comunidad reconocen que para conseguir esos bienes tienen que someter su conducta a determinadas prescripciones para posibilitar la convivencia y el logro de sus deseos, podemos decir que están bajo la obligación de obedecer el contenido de las reglas primarias, que, desde este punto de vista, puede ser consideradas como reglas morales aplicables universalmente a todos los miembros de la comunidad. La noción de reglas primarias de obligación, depende, en definitiva, de la existencia de una comunidad moral, en la que la mayoría de los miembros están de acuerdo en la aceptación de determinados principios (2).-

- 
- (1) En este sentido, vid. el art. de R.Boehler ya citado; Keith Lovin "H.L. A.Hart and the Morality of Law" "The American Journal of Jurisprudence", 1976, vol. 21 p.131-143; J.Underwood Lewis "Moral obligation and the concept of Law", 27 Rutgers Law Review, 1968, p.68-81,white, "H.L.A.Hart on Legal and Moral Obligation", Michigan Law Review, dic., 1974, p.443-458; G.Breckenridge, "Legal Positivism and the Natural Law". The Controversy Between Professor Hart and Professor Fuller", 15 Vanderbilt Law Review, 1966, p.962, Philip E.Davis, "The Moral Content of Law", The Southern Journal of Philosophy (vol.9, Spring, 1971), p.12-23; Alan R.Mabe, "Hart and the Moral Content of Law" The Southern Journal of Philosophy, 10 - (Spring, 1972) p.93-96; F.Siegler, "Hart on Rules of Obligation" 45 Australasian Journal of Philosophy", 1967, p. 341-355. Vid. tambien, T.M. Benditt, "Law as Rule and Principle", Sussex England, The Harvester Press 1978, especialmente, pgs. 117-141, donde se analiza el concepto de obligación en Hart.
- (2) "The area of morality I am attempting to delineate is that of principles which would lose their moral force unless they were widely accepted in a particular social group", H.L.A.Hart, "Legal and Moral Obligation", - Essays in Moral Philosophy, ed-by A.I.Melden (Seattle University of Washington Press, 1958), p.101. En otro contexto, al referirse a los últimos valores o valoraciones que subyacen a todos los grupos sociales, dice Hart: "It's indeed arguable that a human society in which these values are not recognized at all in its morality is neither an empirical nor a logical possibility, and that even if it were, such a society could be of no practical value for human beings", "Law, Liberty and Morality (Vintage Books, New York, 1963), pág.70.

Obviamente, el comportamiento exigido por las reglas primarias de obligación es el mínimo necesario -según Hart- para ordenar la sociedad (1). De esta forma, se podría decir que el concepto hartiano de reglas primarias de obligación incluye:

1) El hecho de que estas reglas de comportamiento son originadas en primer lugar porque son consideradas necesarias para la organización de la convivencia social.

2) Definen modos de conducta que son considerados como standards apoyados por una fuerte presión social.

3) Las reglas primarias de obligación son expresadas de forma característica mediante los diversos usos del lenguaje normativo.

4) Las desviaciones de esas reglas están sometidas a la crítica y a la censura.

5) Sólo son posibles debido a la existencia de una aceptación compartida por la mayoría de la población que, desde un punto de vista interno las usa como guías de su propia conducta.

Ahora bien, si en el modelo simple las normas primarias son obligatorias porque son aceptadas, en el modelo complejo, es decir, en el grupo social sometido a un Ordenamiento Jurídico, las normas primarias son obligatorias porque son introducidas de acuerdo con una norma secundaria que es aceptada por los funcionarios y expertos del sistema. El punto de vista interno se ha trasladado de la sociedad civil a la sociedad política y burocrática. Si antes hablábamos de obligaciones morales impuestas por las reglas primarias, ahora, la proposición de que "las reglas dictadas de acuerdo con una regla secundaria aceptada, obligan", es una proposición bajo la que subyacen un principio moral que prescribe la obediencia a determinadas reglas producidas mediante determinado procedimiento.

---

(1) Así, dice Lovin: "So, if we once again raise the question whether there is a necessary or only contingent relation between law and morality, the answer seems to be that on Hart's own terms the positive legal order is not autonomous and that the regime of law is indeed founded upon morality", op.cit., pág. 141.



El intento de Hart de construir de forma autónoma y neutral el concepto de obligación jurídica falla, pues bajo toda norma subyace la aceptación de un conjunto de valores o valoraciones que se considera "necesaria" para la organización política y jurídica de la convivencia social.

8.2.6. Concepto de "aceptación", "reconocimiento" y punto de vista - "interno".

El análisis del concepto social de obligación, así como los criterios de Hart para delimitar la existencia de un Ordenamiento Jurídico, se apoyan, en última instancia, en el ambiguo concepto de "aceptación" y "punto de vista interno". Intentaré analizar ambos conceptos con el fin de plantear de nuevo la pregunta sobre los fundamentos del Ordenamiento Jurídico.

Muchas de las dificultades conceptuales en el análisis de Hart se derivan de la ambigüedad de las operaciones que según Hart permiten decir que un Ordenamiento de normas, individualizado mediante un criterio selectivo - dado (Regla de Reconocimiento) es aceptado por una generalidad de personas (al menos, los funcionarios), y obedecido pasivamente al menos por otra generalidad de personas (resto de la población). (1).

Una de las primera críticas que se formularon a las tesis contenidas en "El Concepto de Derecho" fué la recensión de esta obra por parte del profesor Ross (2), para quien la tesis de Hart en torno a la existencia de la Regla de Reconocimiento como fundamento del concepto de validez, estaba en

---

(1) Sobre este tema, M.Jori, "Il metodo giuridico tra scienza e politica", - Milano, Giuffré ed. 1976, pgs. 185-255; A. Catania: "L'accettazione nel pensiero di Herber L.A.Hart", Riv.Int.Fil.Dir., 1971, pgs. 261-279; W. Leon McBride: "The acceptance of a legal System", The Monist, nº 49, 1965 pgs.377-396; A.Catania, "Argomenti per una Teoria dell'Ordinamento giuridico", Napoli, 1976, pgs.163 y ss y "Decisione e Norma", Napoli, 1979, pgs.93 y ss; G.Gavazzi, "Norme primarie e Norme secondarie", Torino, 1967, pgs.41 y ss; A.Giovannelli, "Dottrina Pura e Teoría della Costituzione in Kelsen", Milano, 1979, pgs. 163 y ss. Esta bibliografía sumaria será utilizada en la redacción, de este tema, independientemente de otra bibliografía que será citada en su momento. Este tema, en tanto en cuanto se refiere a los aspectos metodológicos de la obra de Hart, ha sido tratado en el primer capítulo referente a la Metodología.

(2) A.Ross, Revisión de "The Concept of law", Yale Law Journal, 1962, pgs.-1185-1190.

completa armonía con sus propios puntos de vista verificacionistas de las proposiciones acerca de la existencia de las reglas jurídicas. El único tema en el que Ross expresaba su disconformidad se refería a los enunciados "internos" y "externos" con respecto a las reglas jurídicas (1): para el profesor escandinavo, el aspecto "interno" solo puede ser una cuestión psicológica, una cuestión de "feelings of being bound", y no, como Hart dice, una actitud crítica y reflexiva sobre ciertos modelos como pautas comunes de conducta. Para Ross, la mayoría de los sujetos normativos se siente obligada por las normas sociales sin ser consciente de una elección o decisión deliberada, aunque en situaciones extraordinarias -por ej. una revolución- se puede dar, a la hora de la obediencia a determinadas normas, estas actitudes críticas y reflexivas. Mientras el lenguaje "interno" no tiene carácter descriptivo (its function is not to state or describe facts, not to confer information of any kind, but to present claims, to admonish, to exhort") (2), el lenguaje externo, "is concerned with facts the description and prediction of facts" (3), es decir, tiene un carácter descriptivo; sin embargo, en opinión de Ross, Hart no menciona el uso externo del lenguaje de los científicos del Derecho, ni tampoco, del uso "externo" del lenguaje de los funcionarios, abogados o personas privadas cuando describen el Derecho vigente: "Hart seems to assume that the language used by officials, lawyers, or private per

- 
- (1) Para Ross, una cosa son los enunciados "internos" y "externos" en referencia a las reglas jurídicas y otra bien distinta el aspecto "interno" y "externo" de una regla jurídica o de cualquier regla social. El propio Ross ha dicho: "I myself have stressed this point in saying that a social rule presupposes not only an observable regularity but also that - the rule is felt as "socially binding" by the human beings following it. This means that a person not only will feel himself spontaneously motivated ('bound') to a certain pattern of behavior, but at the same time - will expect that a breach of the rule will call forth a protest from his fellows in the group", op.cit., pág. 1188.
  - (2) Ross, op.cit., p. 1189. Sobre el carácter "descriptivo" o no de los enunciados "internos", vid. la 1ª parte sobre Metodología y análisis del lenguaje jurídico.
  - (3) Ross, pág. 1189.

sons speaking about legal matters is normally the internal language" (1).

En una obra posterior (2), Ross analiza, además de los enunciados externos acerca de una norma o de un Ordenamiento -con los que describe su existencia empírica-, los enunciados internos que usan las normas del sistema, -bien para calificar actos o situaciones, bien para identificar otras normas como pertenecientes al mismo sistema. Esta clase de enunciados internos admite distintos tipos:

1) Enunciados internos de carácter definitivo. Se entiende por "definitivo" el carácter decisorio que se atribuye a la determinación de una persona o conjunto de personas sobre la aplicación de las normas de un sistema -dado. Estos enunciados tienen sentido en un sistema jurídico desarrollado -donde existan normas secundarias que atribuyen a algún sujeto la función de decidir cuándo se ha de aplicar o cómo se ha de entender otra norma: estos sujetos normativos utilizan el término "validez" para reglas que le son aplicables, decidiendo por ello atribuirle ciertos efectos previstos por éstas. Como ha señalado el profesor Hierro, Ross se refiere con este tipo de enunciados a contratos, testamentos y actos administrativos, omitiendo injustificadamente la referencia a normas. (3).

2) Enunciados de carácter decisorio pero no definitivo: son usados por

---

(1) Ross, op.cit., p. 1189, n.21; Para Hart, desde un punto de vista externo, es decir, desde el punto de vista de un observador que no acepta las reglas de la sociedad que está observando, se pueden formular, al menos, tres tipos diferentes de enunciados:

1) el observador puede limitarse a registrar las regularidades de conducta de aquellos que cumplen con las reglas, como si fueran simples hábitos.

2) el observador puede registrar, además, la reacción hostil regular frente a las desviaciones del patrón usual de conducta, como algo habitual.

3) y puede registrar no sólo esas regularidades observables de conducta y reacciones, sino también el hecho de que los miembros de la sociedad aceptan ciertas reglas como pautas o criterios de conducta, y que la conducta y las reacciones observables son consideradas por ellos como exigidas o justificadas por las reglas. Hart, CD, pág. 309.

(2) A.Ross, "Lógica de las normas", op.cit., p.100 y ss. Vid. también, Libro Hierro tesis doctoral cit. p.405 y ss, de quien tomo la clasificación expuesta.

(3) V.Tesis doctoral citada, pág. 405.

los ciudadanos y por operadores que asesoran, informan, aconsejan y gestionan al anunciar juicios de validez. Este tipo de enunciados son considerados por Ross como meras predicciones de lo que harán los tribunales.

3) Enunciados que expresan la exigencia de que un tercero reconozca, interprete en cierto modo o aplique una determinada norma -o contrato o testamento- : "podríamos decir que, en este caso, tienen un carácter persuasivo" (1). Este tercer tipo es, según Ross, el que corresponde a los enunciados - sobre la validez o invalidez de un testamento, cuando los formula un abogado defendiendo un caso ante un tribunal (en el caso anterior, el abogado - aconsejaba a su cliente). Tiene un carácter de exhortación al tribunal para que considere válido o inválido el acto o norma de que se trata.

Los distintos usos de los enunciados internos no pueden ser reconducidos a meras predicciones de lo que harán los tribunales, pues, precisamente, el fundamento de tales predicciones es el conocimiento de que los tribunales consideran a las reglas jurídicas no como predicciones, sino como criterios o pautas a seguir, pautas que, a pesar de su textura abierta, son lo suficientemente determinadas para limitar, aunque no para excluir, la discrecionalidad de los propios tribunales. Creo que Ross adolece de este defecto, pues, si bien su análisis predictivo es plausible cuando se refiere a la existencia o vigencia de las normas, no lo es cuando hace referencia a los enunciados internos de validez. Es decir, Ross proyecta sobre el lenguaje jurídico (el uso interno de las normas) caracteres que en todo caso corresponden a - las proposiciones científicas (metalenguaje).

Con respecto a la clasificación del profesor Hierro, haría una posible sugerencia: creo que los enunciados internos tienen un significado unitario, por lo menos en lo que corresponde a la dimensión locucionaria del acto lingüístico; ahora bien, cuando se habla de enunciados persuasivos, creo que se está haciendo referencia a la fuerza ilocucionaria del lenguaje, es decir, al acto que llevamos a cabo al decir algo. Según esto, no veo ninguna razón para no calificar de "persuasivos" los enunciados decisorios no definitivos, en tanto en cuando el abogado persuade de alguna forma a su cliente en la -

---

(1) Hierro cit., pág. 408.

forma de elevar su caso ante los tribunales.

Sin embargo, los enunciados internos plantean numerosos problemas (1). La mayor parte de los críticos de la obra de Hart, han señalado algunas distinciones necesarias que Hart no lleva a cabo: así, casi todos coinciden en separar, por un lado, el punto de vista desde el que una regla es descrita, y por otro lado, el aspecto interno del comportamiento que sigue a una regla (2). Aunque se podrían hacer estas y parecidas distinciones, lo que si es cierto es que las definiciones de Hart caen dentro de una circularidad - definitoria: si las afirmaciones o enunciados internos son la manifestación característica de la aceptación de las normas jurídicas, tal aceptación tiene como elemento principal y característico la pronunciación de tales afirmaciones. Si el elemento principal es la "aceptación" de las reglas, este - criterio imposibilita precisar la identificación de las afirmaciones internas: las afirmaciones internas se producen cuando hay "aceptación", y sabemos que hay "aceptación" cuando se usan "enunciados internos" (3).

Otro de los problemas que puede conllevar el uso de enunciados internos, en el contexto de la obra de Hart, es el siguiente: cuando Hart habla de enunciados jurídicos internos, lo hace teniendo como base normas aceptadas por el sujeto normativo que usa tal enunciado y formando parte de un Ordenamiento jurídico de normas primarias y secundarias socialmente eficaces. La posibilidad de hacer afirmaciones internas es plausible en un contexto de "situaciones normales", donde los enunciados de validez presuponen afirmaciones externas de eficacia general del Ordenamiento (4). Ahora bien, ¿se -

- 
- (1) Los problemas de tipo metodológicos -aunque aquí se hará una breve referencia a ellos-, son tratados en el primer capítulo sobre metodología.
  - (2) Así, por ejemplo, F.Siegler, "Hart on Rules of Obligation", op.cit., p. 354. Por su parte, R.Beehler, op.cit., p. 140 habla de 1) "The internal aspect of rules"; 2) "The internal point of view", y 3) "The internal point of view of acceptance", M.Jori habla de una serie de conceptos parecidos, aunque diferenciables: "aceptación", "punto de vista interno", "aspecto interno de las normas", y "afirmación interna" (op.cit., p.220 y ss)
  - (3) V.Jori, op.cit., p.229.
  - (4) Como he señalado antes, puede haber excepciones, que por razones de tipo intelectual (enseñanza del Derecho Romano antiguo) o político (enunciados de los exiliados respecto a un régimen jurídico pasado) permitan el uso de tales enunciados.

pueden hacer afirmaciones internas independientemente de la aceptación de las normas y del Ordenamiento Jurídico?. ¿Puede existir una aceptación meramente verbal, independientemente de la eficacia social del Ordenamiento?. La respuesta es compleja y unos remiten al "status" epistemológico de los enunciados jurídicos internos. Sin embargo, el concepto clave es aquí el de la "aceptación" de las reglas, o más precisamente, el de "aceptación" de un esquema de conducta como criterio de acción. Según Hart, el concepto de "aceptación" encuentra su expresión característica en los enunciados internos, enunciados que tienen sentido en el contexto de una situación "normal". ¿Qué entiende Hart por situación normal). Jori, interpretando a Hart -ya que en este punto no es explícito-resume en tres características el contexto de una situación normal: (1): 1) quien acepta una norma se comportará de modo prescrito; 2) existe cierta adhesión emotiva, favorable a la conformidad con la norma y desfavorable hacia su violación y sus violadores; 3) el individuo - que acepta la norma jurídica de una valoración moral positiva de la misma - conformidad. Ahora bien, si el elemento característico de la aceptación es el uso de un cierto tipo de lenguaje, el uso de un lenguaje normativo "interno", no sabemos con seguridad cuándo nos encontramos de frente con una situación normativa. El aspecto meramente verbal de la aceptación normativa no es suficiente por sí solo para hacernos hablar de aceptación de una norma social, ya que esta aceptación "meramente verbal" pueden darse en situaciones patológicas (divergencias entre la declaración verbal, el comportamiento y la adhesión psicológica o moral) lejanas de conformar la existencia social de un Ordenamiento Jurídico. Y a decir verdad, las denominadas situaciones - "patológicas" son tan frecuentes en los Ordenamientos Jurídicos de las sociedades post-industriales, que, a la hora de determinar la existencia de una

---

(1) M.Jori, op.cit., pág. 215. Por mi parte, aunque estoy de acuerdo en principio con el contexto general de las "situaciones normales" como base del concepto de "aceptación", creo que, la nota característica de este concepto, tal y como se desprende de la obra de Hart, no es tanto la conformidad del comportamiento con respecto a las reglas aceptadas, sino - que, en caso de violación de la regla, se acepten como legítimas y justificadas las críticas a este comportamiento.

aceptación social de las normas por parte de los funcionarios, las respuestas no serán tan uniformes como en principio cabría esperar. En las sociedades conflictivas es frecuente observar una conducta no uniforme por parte de los operadores jurídicos (funcionarios, tribunales, policía...), conducta que rompe con el esquema hartiano de la aceptación social (1).

Ahora bien, el concepto de "aceptación" es demasiado ambiguo para fundamentar los enunciados "internos". Numerosos autores han destacado la diferencia conceptual existente entre la "aceptación" y la aprobación "moral" - (2). Aunque esta distinción parece, en principio, claramente justificada en la obra de Hart, el concepto de "aceptación" sigue siendo ambiguo. Como ha dicho Bobbio: "Questo atteggiamento di accettazione è, da un lato, qualcosa di più che la mera conformità ad una norma od a un sistema di norme, e, - dell'altro lato qualcosa di meno che l'approvazione (morale) di una norma o di un sistema" (3). Ni conformidad, ni aprobación moral, un concepto intermedio adecuado, según Hart, para comprender la estructura normativa del Ordenamiento Jurídico y su existencia, sin recurrir al "hábito general de obediencia," (Austin) ni a la norma fundamental como hipótesis lógica (Kelsen).

- 
- (1) Sobre este punto, vid. M.Jori, op.cit., pág.225 y ss. Evidentemente - cuando Hart habla de "aceptación social", está pensando en el Ordenamiento Jurídico inglés, sistema más estable que los Ordenamientos Jurídicos continentales, donde los conflictos pueden plantearse con mayor frecuencia. En este sentido, el profesor Giovannelli ha dicho: "La concezione hartiana presuppone, in fondo, un'immagine della società, in cui non è facile riconoscersi, se si è abituati alla tumultuosa dinamica delle società europee continentali, di cui si trovavo de accettazione, intesa come adesione ad un nucleo di valori fondamentali, dei quali si fa portatrice una forza politico-sociale determinata (secondo uno certo modello della costituzione materiale, che ha trovato, per lungo tempo, ampia diffusione)". A.Giovannelli, op.cit., págs. 195-196, nº 537.
- (2) Un ejemplo de ellos, A.Catania, "L'accettazione nel pensiero di Herbert L.A.Hart", Riv.Int.Fil.Dir., 1971, p. 261-279. Dice Catania (p.262): "...l'autore (Hart) non vuole che l'accettazione sia: essa non consiste (non vuole consistere) né nella mera osservanza delle norme, né nella loro - approvazione etico-politica ideologica".
- (3) N.Bobbio, "Considerazioni in margine", Rivista di Filosofia, 1966, págs. 235 y ss.

Hart caracteriza la "aceptación" de las reglas por referencia al hecho de que aquellos que las aceptan, las usan como una guía de la vida social.- La "aceptación" de una regla no exige una conformidad o aquiescencia uniforme; lo único que exige es que la no conformidad del posible sujeto aceptante debe ser acompañada por ciertos tipos de excusa y justificación propuestos y "sentidos" por el propio sujeto normativo, y en su ausencia, por la naturalidad con que el sujeto acepta la culpa, vergüenza o remordimiento, de su rechazo (1). La "crítica", la "autocrítica", "la exigencia de conformidad", son todos ellos elementos que expresan simplemente la actitud normativa de los sujetos que aceptan las normas. "La aceptación" entendida desde un punto de vista "formal" (simple reconocimiento de que una norma es jurídicamente válida y es usada como modelo de comportamiento para uno mismo y, para otros) es fácilmente distinguible de la aprobación moral; sin embargo, Hart parece mantener un concepto no formal de aceptación: ésta se configura como una experiencia interior de los destinatarios de las normas que nace precisamente de una consideración valorativa sobre el contenido de las normas (2).

Uno de los autores que con más detenimiento ha estudiado el concepto de "aceptación" en la obra de Hart, es A.Catania (3). Este autor diferencia dos conceptos de "aceptación", según se refiera a una de las dos condiciones de existencia del Ordenamiento Jurídico: a) en la primera, es decir, en la constatación de observancia de las normas de conducta por parte de los ciudadanos, la "aceptación" no es necesaria, ya que tan sólo es suficiente que

- 
- (1) Así, dirá Hacker: "Moreover, where criticism is directed at the agent - for his rule-violation, he must, in the standard case, view it as legitimate", op.cit., p. 15 (Hart's Philosophy of Law", en "Law, Morality and Society", p. 125).
- (2) A.Catania, "L'accettazione...", op.cit., p. 266 y 267, n.13. Para Catania si la aceptación fuera un concepto formal, no sería necesariamente inconciliable con el punto de vista de aquellos que rechazan las normas; en este caso, "accettare una norma come formalmente valida non implica necessariamente l'accoglimento del suo contenuto".
- (3) A.Catania "L'accettazione...", op.cit., "Argomenti per una teoria dell'ordinamento giuridico", Napoli, 1976 p. 163 y ss.; "Decisione e Norma", Napoli, 1979, p.99 y ss. También puede verse, dentro del ámbito de la cultura jurídica italiana, A.Giovannelli: "Dottrina pura e Teoria della Costituzione in Kelsen", Milano, 1979, p.164 y ss.; G.Gavazzi, "Norme primarie e Norme Secondarie", Torino, 1967, p.50 y ss. También, vid. W. - Leon McBride, "The acceptance of a Legal System", The Monist, nº 49, - 1965, p. 377-396.



los ciudadanos observen las prescripciones en un contexto general de eficacia; b) en la segunda, es decir, en el uso de las normas de reconocimiento por parte de los funcionarios, la "aceptación" no significa otra cosa que - el simple "uso" que los funcionarios hacen de la Regla de Reconocimiento para individualizar las normas del sistema. Dice Catania: "In effeti, qui accettazione non significa più adesione ad un modello di comportamento, ma soltanto che il criterio, la norma di cui facciamo uso è riconosciuta come - "adatta" per l'individuazione delle norme valide del sistema" (1).

El concepto de "aceptación" se apoya en la idea de un consenso generalizado por parte de los funcionarios y ciudadanos de un Ordenamiento Jurídico desarrollado. Dice Hart:

"Obviamente, la aceptación general es aquí un fenómeno complejo, dividido, en cierto modo, entre los funcionarios y los ciudadanos comunes, que contribuyen de diferentes maneras a la misma y, con ello, a la existencia - de un sistema jurídico. Se puede decir que los funcionarios del sistema reconocen explícitamente aquellas reglas fundamentales que confieren autoridad

---

(1) "L'accettazione...", op.cit., pág. 278. Hemos de recordar, una vez más, que la afirmación de que un sistema jurídico existe, es para Hart, un enunciado bifronte, una de cuyas caras mira a la obediencia por parte - de los ciudadanos ordinarios, y la otra a la aceptación de reglas secundarias como pautas o criterios comunes críticos de conducta oficial, por parte de los funcionarios. En este punto, es muy importante y significativo el siguiente texto de Hart: "En la estructura más simple, puesto - que no hay funcionarios, las reglas tienen que ser ampliamente aceptadas como criterios o pautas críticas para la conducta del grupo. Allí, si - el punto de vista interno no estuviera difundido en forma amplia, lógicamente no podría haber regla alguna. Pero cuando se da una unión de reglas primarias y secundarias, que, como hemos sostenido, es la manera - más provechosa de ver un sistema jurídico, la aceptación de las reglas como pautas o criterios comunes para el grupo debe ser separada de la - cuestión relativamente pasiva de la ordinaria aquiescencia individual - frente a las reglas, donde quien obedece lo hace sólo por su cuenta. En un caso extremo el punto de vista interno con su característico uso normativo del lenguaje jurídico ("Esta es una regla válida") podría limitarse al mundo oficial. En este sistema más complejo sólo los funcionarios podrían aceptar y usar los criterios de validez jurídica del sistema. La sociedad en que ocurriera esto podría asemejarse deplorablemente a una nación de borregos y, como éstos, teminar en el matadero. Pero hay pocas razones para pensar que ella no podría existir o para negarle el título de sistema jurídico". C.C., pág. 145 y 146.

legislativa: los legisladores, cuando dictan normas de acuerdo con las normas que los facultan a dictarlas, los tribunales, cuando identifican como normas a ser aplicadas por ellos las dictadas por las personas así facultadas, y - los expertos, cuando guían a los ciudadanos comunes por referencia a las normas dictadas de esa manera. El ciudadano común manifiesta su aceptación, en gran medida, mediante la acquiescencia de los resultados de estos actos oficiales. Acata las normas jurídicas que son creadas e identificadas de esta manera, y también deduce pretensiones y ejerce potestades conferidas por ellas" (1). Por tanto, lo que subraya Hart, no es tanto el aspecto pasivo de la obediencia habitual a ordenes respaldadas por amenazas -factor a tener - en cuenta- sino el aspecto activo, aunque no de forma exclusiva, de los actos de creación, identificación y aplicación del Derecho realizados por los funcionarios (legisladores, jueces...) y expertos del sistema (2).

Frecuentemente, el concepto de "aceptación" ha sido analizado desde - una doble perspectiva: por un lado, algunos críticos de la obra de Hart han enmarcado este concepto en un contexto generalizado y, quizá, excesivamente amplio. Así, A. Passerin d'Entreves (3), sostiene que la concepción hartiana nos suministra la base para una construcción de una teoría de la obligación política; la noción de "fidelidad al Ordenamiento" es para Passerin un "tertium quid" entre la obligación jurídica de obediencia a las leyes positivas y la obligación moral de obedecer a las leyes moralmente justificadas. Por su parte W.L. MacBride (4) ha esquematizado y desarrollado los elementos de

---

(1) Hart, C.D., op.cit. pág. 76.

(2) Sobre la importancia mayor de los funcionarios en la estructura y función del Derecho en un Estado Moderno, Hart, aunque no haga referencia en sus citas a su ausencia ésta debida a su particular "aversión" a los sociólogos, aversión que por otro lado, es fiel reflejo de la cultura académica oxoniense-, está siguiendo las pautas marcadas por Weber y Schmitt.

(3) "Intorno all'obbligo politico", op.cit., p. 162. En "Obbedienza e resistenza in, una società democratica", op.cit., p. 81, dice Passerin: "Accettare un determinato ordinamento giuridico, uno Stato, per quanto si possa paludare tale accettazione nel manto del patriottismo o del dovere civico, significa accettarne i precetti in blocco, significa sospendere sì a pure solo per un certo tempo la vigilanza della nostra coscienza morale che non può mai accontentarsi di conclusioni generali ma esige a ragione che ogni caso singolo sia vagliato secondo i propri meriti".

(4) W.L. MacBride, "The Acceptance of a Legal System", 49, "The Monist", (1965) págs. 377 y ss.

responsabilidad y libre elección inherentes al concepto de "aceptación", con figurando este concepto como uno de los elementos teóricos que indican la dependencia de los fenómenos jurídicos respecto de los fenómenos morales y políticos. Pero quizá haya sido U. Scarpelli quien ha subrayado más este aspecto, llegando a decir (1): "A me qui preme sottolineare che metodo giuridico, quale metodo di attività concernenti un ordinamento giuridico del punto di vista interno, ha sempre sottintesa una presa di posizione quanto el problema filosofico-politico della legittimità dell'ordinamento giuridico - ed una presa di posizione nel senso del l'accettazione della norma fondamentale dell'ordinamento giuridico". Este punto de vista general sobre el concepto de "aceptación", ha hecho relacionar la obra de Hart con la tradición contractualista, en el sentido de que Hart habría fundamentado la validez del Derecho sobre el reconocimiento por parte de sus destinatarios (2); también se ha recordado algunas veces (3) la doctrina del "Anerkennung" de Bierling como precedente inmediato del discurso hartiano sobre la aceptación, - exagerando a mi juicio los componentes "psicológicos" de este concepto, olvidando el carácter normativo del mismo (4).

El concepto de "aceptación" también podría ser analizado desde otro punto de vista: ya no se trata de una aprobación ideológico-política del sistema por parte de los funcionarios, sino una mera disposición activa respecto al sistema normativo: su sentido sería aquí puramente instrumental, teniendo en cuenta que Hart siempre se refiere a la "aceptación" en conexión con la estructura dualista del Derecho, es decir, en relación con las normas primarias y secundarias. Así, "la aceptación" de las normas secundarias nos indicaría simplemente los criterios para individualizar las normas válidas, es decir, una aceptación formal de las fuentes del Derecho que posibilite a los funcionarios la identificación y cualificación del sistema como jurídica

---

(1) "Il Metodo Giuridico", Rivista di Diritto Processuale, 1971, n° 4, pg.563.

(2) V. Giovannelli, op.cit., pg.52, donde cita a G. Fassó.

(3) Giovannelli, op.cit., pg.52, n. 141, y G. Gavazzi, op.cit., pg.53.

(4) En este sentido, v. A. Catania, "Decisione e norme", op.cit., p.99, donde si bien reconoce la profunda ambigüedad de este concepto, rechaza las posibles interpretaciones psicologistas.

mente válido: esta disposición activa e instrumental, correspondería, en principio, a actos de conocimiento y no a meros actos de aprobación (1), actos instrumentales de aceptación de las normas que confieren potestades.

A mi juicio, la ambigüedad del concepto de "aceptación" ofrece argumentos y razones para sostener la no exclusividad de ambos puntos de vista. Una acentuación del carácter meramente instrumental de este concepto, ovida que las actuaciones de los funcionarios y operadores jurídicos no son meras funciones técnicas; los actos de creación, interpretación y aplicación del Derecho son expresiones jurídicas del modo de organizar la fuerza y el poder en un Estado de Derecho: así, los valores básicos a los que debía servir el Estado de Derecho liberal a través de su Ordenamiento Jurídico, eran los de rechos individuales, es decir, la libertad individual, la igualdad formal, la propiedad privada, la seguridad jurídica y la participación de los ciudadanos en la formación de la voluntad política. Este criterio coincidía con el sistema de las concepciones políticas y de los intereses sociales de los grupos y clases dominantes, de manera que la dimensión valorativa de la legitimidad se correspondía con su dimensión fáctica; había una adecuación en tre la idea válida del Derecho y los intereses de los grupos que estaban en condiciones de establecer el Derecho. Sin embargo, esta visión del Derecho no debe ser obstáculo para llevar a cabo distinciones analíticas, que, si - bien, en última instancia, corresponden a determinadas funciones sociales, tienen un cierto campo de autonomía propio, necesario para la construcción de una teoría general del Ordenamiento Jurídico. La obra de Hart es un claro ejemplo de ello.

---

(1) Esta interpretación ha sido tomada de A. Catania, "Argomenti per una teoría...", cit., págs. 190-191, 198 y ss.

### B.3. TESIS DEL POSITIVISMO JURIDICO

#### B.3.1. Introducción General

Hart ha defendido tres tesis como cuerpo central de la teoría positivista, concepciones que difieren de la tesis mantenidas por el positivismo jurídico del siglo XIX y comienzos del XX (1). Las tres tesis defendidas por Hart son las siguientes:

- 1) La separación conceptual del Derecho y la Moral.
- 2) La tesis de las Fuentes Sociales del Derecho.
- 3) La tesis de la Discrecionalidad Judicial.

La primera tesis arguye que las conexiones y coincidencias entre el Derecho y la Moral son contingentes, no necesarias lógicamente ni conceptualmente. La separación de la tradición jurídica positivista entre el Derecho que es y el que debe ser (Bentham, Austin), entre las funciones del jurista "Expositor" y "Censor" (Bentham), evita la confusión entre el discurso descriptivo y el discurso prescriptivo. Las Teorías que defienden las conexiones conceptuales y lógicas entre la validez jurídica y la moralidad, son, en mayor o menor medida, iusnaturalistas. La separación conceptual entre el Derecho y la Moral, es, pues, compatible con la coincidencia "de facto" entre las exigencias morales y jurídicas, así como con sistemas jurídicos que incorporen de diversos modos, positivizándolas, determinadas pautas morales -catálogos de derechos y libertades incorporados a través de leyes generales o enmiendas constitucionales, incorporaciones de principios morales a través de leyes particulares, etc.- Ahora bien, el status jurídico de tales pautas morales es algo contingente, que depende de ciertas circunstancias empíricas y sociales: su status jurídico no depende de su propia aceptabilidad o corrección moral (2).

- 
- (1) Hart resumió estas tesis "clásicas" en cinco enunciados, sometidos por él a una profunda revisión y reformulación. V. "El positivismo jurídico y la separación entre derecho y moral", op.cit., págs. 16 y 55.
  - (2) Creo que uno de los principales errores filosóficos a lo largo de la historia del pensamiento occidental ha sido la conversión en necesidades lógicas de lo fácticamente contingente. Quizá sea el "contenido mínimo de Derecho Natural" de Hart, el argumento más débil de su compleja teoría del Derecho, argumento que podría colisionar, como veremos, con la formulación de su primera tesis. Con referencia a Dworkin, principal crítico de la obra de Hart, el profesor Richards, en "Rules, Rolicies and Neutral Principles: The Search for Legitimacy in Common Law and Constitutio

La segunda tesis, la tesis de las Fuentes Sociales del Derecho, puede ser formulada -en palabras de Hart- de la siguiente forma: "...para que el - Derecho exista debe haber alguna forma de práctica social que incluya a los jueces y a los ciudadanos ordinarios, y esta práctica social determina lo que en cualquier sistema jurídico dado son las fuentes últimas del derecho o - criterios últimos o texto último de validez jurídica" (1). Aquí Hart se separa de la tradición positivista anglosajona que centraba el criterio de validez jurídica en la obediencia habitual por parte de la mayoría de la población a un determinado legislador soberano o cuerpo de personas soberano cuyos mandatos son Derecho. Para Hart el último criterio de validez jurídica - deriva de la práctica de los tribunales al aceptar una "Regla de Reconocimiento", regla que, a pesar de todas sus matizaciones, impone un deber a los jueces: el considerar ciertas características específicas como identificadoras de los modelos jurídicos que deben aplicar en la decisión de los casos sometidos a su jurisdicción (por ejemplo, la promulgación legislativa, la costumbre, el precedente, etc.), identificación más formal que sustantiva (2). Esta tesis general, como se verá, también será rechazada por Dworkin.

Por último, la tercera tesis positivista defendida por Hart, la tesis

---

cont.-nal Adjudication", Il Georgia Law Review 1069, 1095 (1977), defiende la tesis de que la obra de Dworkin se puede clasificar en lo que él llama un "methodological natural law". Por su parte, Dworkin, en su obra - "Taking Rights Seriously", como réplica a Richards, trata de diferenciar su teoría de una "orthodox natural law theory" (p.339). Dworkin intenta ofrecer una tercera vía entre el Derecho Natural y el Positivismo. Este problema será analizado más adelante.

(1) "El nuevo desafío al Positivismo Jurídico", Sistema, nº 36, pág. 5.

(2) Las dos principales razones por las que Hart sustituye el viejo concepto de la obediencia habitual a un soberano por el de la aceptación de la Regla de Reconocimiento por parte de los tribunales son: en primer lugar, la incapacidad de la vieja teoría para explicar el hecho de que en muchos sistemas jurídicos el poder legislativo del legislador supremo podría ser considerado por los tribunales como un poder tanto conferido por el derecho como limitado por el derecho; en segundo lugar, la vieja teoría no reconoce la básica noción normativa de la aceptación compartida por un grupo social de una regla de acuerdo con la cual ciertos modelos de conducta son tomados como guía, para la conducta individual y como un 'standard' de valoración crítica de la conducta de otros (Hart, "El nuevo desafío...", cit., pág. 8) y C.D., cit., págs. 77 y ss. Sin embargo, tal Regla de Reconocimiento, puede contener criterios que identifiquen el contenido de los principios, de forma general o de forma específica. Esta tesis es criticada por Dworkin: "...these special rules

de la discrecionalidad judicial, es formulada de la siguiente manera: "..... Sostiene que en todo sistema jurídico habrá siempre ciertos casos no previstos y no regulados legalmente, es decir, casos para los que ningún tipo de -decisión es dictada por el derecho claramente establecido y, en consecuencia, el derecho es parcialmente indeterminado o incompleto... Si el juez ha de llegar por si mismo a una decisión en tales casos y no inhibir su jurisdicción o (como Bentham defendía) remitir el asunto al Legislativo, debe ejercitar -su discrecionalidad y crear derecho para el caso, en lugar de aplicar meramente derecho ya pre-existente y establecido... Así, en tales casos no previstos o no regulados, el juez, simultáneamente crea nuevo derecho y aplica el derecho establecido, que, al tiempo, confiere y limita sus poderes de crear derecho" (1). La tesis de la creación judicial del Derecho -denominación más común en el ámbito de la filosofía jurídica continental- también es rechazada por Dworkin considerándola como un retrato desfigurado, tanto del Derecho como del razonamiento judicial (2).

Tales son, pues, las tres tesis fundamentales del positivismo jurídico de Hart, tesis que comentaré separadamente, si bien las dos últimas serán agrupadas al presentar la polémica Hart-Dworkin (3). Por último, creo que se

---

cont.-can be identified and distinguished by specific criteria, by tests having to do not with their content but with their pedigree or the manner in which they were adopted or developed". "Taking Rights", op.cit. p.17.

- (1) "El nuevo desafío...", op.cit., págs 5 y 6.
- (2) La importancia en la teoría jurídica angloamericana acerca de la naturaleza del proceso judicial es mucho mayor que en la tradición teórico-jurídica continental, si bien este énfasis no se puede encontrar en Bentham y Austin -cuyo acento está dirigido al Legislativo y al Derecho entendido como mandato del soberano-, si es característico en autores como Gray y Holmes, así como en el realismo jurídico americano de los años veinte.- Precisamente, la crítica de Dworkin se fundamenta al rechazar esta tesis insistiendo en el punto de vista del juez: así no es como un juez -en opinión de Dworkin -ve el Derecho ni como razona al decidir "casos difíciles" ("hard cases"). Para Hart una cosa es la "fenomenología de la decisión judicial" y otra bien distinta, la propia naturaleza -tomado este concepto no en sentido ontológico- del Derecho. De todos modos, habría que reconocer que las facultades legislativas de los jueces no son permanentes, si no esporádicas, y además, el hecho de que están sometidos a muchas restricciones les implica el deber de justificar racionalmente sus decisiones.
- (3) J.Raz, después de diferenciar el positivismo jurídico de la filosofía positivista del s.XIX y del positivismo lógico del s.XX resume tres temas

ría interesante exponer los tres puntos centrales que, en opinión de Dworkin, constituyen el "esqueleto" del positivismo jurídico y sobre los que fundamentalmente se ha centrado su crítica (1):

a) El Derecho de una comunidad es un conjunto de reglas especiales usa das por la comunidad directa o indirectamente, con el propósito de determinar qué comportamiento será castigado o coaccionado por el poder público. Estas reglas especiales pueden ser identificadas y distinguidas mediante criterios específicos, mediante "tests" que no precisan su contenido sino la forma en la cual son adoptadas o desarrolladas. Estos "tests of pedigree" pueden ser usados para distinguir las reglas válidas desde un punto de vista jurídico, de las reglas inválidas o de otras clases de reglas sociales que aunque son seguidas por la comunidad no pueden hacerse cumplir por el poder público.

b) El conjunto de todas las reglas válidas desde el punto de vista ju rídico cubre todo el campo del Derecho. La discrecionalidad de un juez o de algún funcionario significa la búsqueda de algún principio que le guíe en la creación de alguna regla jurídica nueva.

c) Decir que alguien tiene una "obligación jurídica" es decir que su caso está reglamentado por alguna regla jurídica válida que le exige hacer algo o le obliga abstenerse de hacer algo. De esta definición se puede deri var las definiciones de derechos, facultades, privilegios o inmunidades jurí dicas, en relación a los sujetos que tienen la obligación jurídica de actuar o no actuar de cierta forma respecto a los sujetos portadores de tales facul tades o privilegios sin reglas jurídicas. Por tanto, cuando el juez usa su - discrecionalidad, no está haciendo cumplir ningún derecho u obligación jurí dica (2).

---

cont.-centrales de la filosofía jurídica positivista, que, en parte, coinciden con los de Hart: a) en primer lugar, la "Tesis social" positivista de - identificación del Derecho como hecho social. b) En segundo término, la tesis del contingente valor moral del Derecho. c) En tercer lugar, la - "tesis semántica" negativa: términos como "derechos" y "deberes" no pueden ser usados con el mismo significado en contextos jurídicos y morales. ("The Authority of Law", op.cit, pág. 37 y 38, en "Legal Positivism and the sources of Law").

(1) "Taking Rights Seriously", op.cit.,pág. 17.

(2) Una explicación mas detallada de estos enunciados con referencia a la - obra de Austin y Hart, puede verse en "Taking Rights...", op.cit., pgs. 17-22.



Como se ha visto con anterioridad, las tres tesis escogidas por Dworkin corresponden a tres de los principales temas analizados por Hart a lo largo de su obra. En el ap. 2 y 3 de este capítulo, analizaré con detenimiento la crítica y alternativa de Dworkin a las tesis de Hart.

### B.3.2. Separación conceptual entre el Derecho y la Moral. Polémica con Fuller.

La tesis de la separación conceptual entre el Derecho y la Moral ha sido una de las principales tesis del positivismo jurídico anglosajón (Bentham, Austin) y, es, sin duda alguna, uno de los principales presupuestos metodológicos para comprender la obra filosófica-jurídica de Hart.

El conocido artículo de Hart, "Positivism and the separation of law and morals" (1), parte de la diferencia conceptual entre el Derecho que es y el Derecho que debe ser, diferencia estudiada por los utilitaristas Bentham y Austin. Para Hart, esta tesis representa uno de los puntos principales del utilitarismo jurídico (2). El propio Hart la formula del siguiente modo:

"...aunque existen numerosas e importantes conexiones entre el Derecho y la Moralidad, de modo que frecuentemente hay una coincidencia o solapamiento "de facto" entre el Derecho de algún sistema y las exigencias de la Moralidad, tales conexiones son contingentes, no necesarias lógicamente ni conceptualmente." (3).

- 
- (1) 71 Harvard Law Review (1958), p.593. Este artículo, reproducido en numerosos trabajos de recopilación y selección de lecturas jurídicas y filosóficas, es el texto de la conferencia pronunciada por el profesor H.L.A.Hart en abril de 1957 en la "Harvard Law School" (Oliver Wendell Holmes Lecture); hay trad.cast. en "Derecho y Moral. Contribuciones a su análisis", ed. Depalma, Buenos Aires, 1962 p. 1-64, traducción de Genaro R.Carrió - con el título "El Positivismo jurídico y la separación entre el Derecho y la Moral" (art. por donde citaré en lo sucesivo).
  - (2) Hart, op.cit., p.15 Los otros dos puntos son -siguiendo a Hart- el estudio analítico de los conceptos jurídicos y la teoría imperativa del Derecho.
  - (3) La última formulación de esta tesis en la obra de Hart se puede encontrar en Sistema nº 36, con el título, "El Nuevo desafío al Positivismo jurídico, traducción de la conferencia dictada por Hart en la Fac. de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, en Octubre de 1979.

La tesis enunciada por Hart no implica la negación de la influencia histórica de la moral en los sistemas jurídicos y viceversa, ni tampoco implica la negación de la posibilidad de incorporar principios morales -por medio de prescripciones jurídicas- a los sistemas jurídicos. Este punto de vista es recogido en "El nuevo desafío...", op.cit., donde se indica que tal incorporación puede ser realizada por ley (status), o, como en los EEUU por un documento o enmienda constitucional escritos, a través de la práctica sistemática de los tribunales de considerar la conformidad con ciertos principios morales como un test de validez jurídica, o por medio de una ley particular que podría exigir a los tribunales decidir cierto tipo de controversias "de conformidad con el principio de justicia" o "como exige la moralidad". Concluye Hart diciendo:

"....en todos esos casos la relevancia jurídica de los principios morales será algo contingente, que depende de si, de hecho, ha sido incorporados a un sistema jurídico particular de cualquiera de las formas mencionadas. Tales principios o argumentos morales no son jurídicamente relevantes proprio vigore, es decir, solamente porque sean moralmente correctos o aceptables". La negación de esta tesis implica lo que las teorías clásicas del Derecho Natural han afirmado siempre: la conexión necesaria, no meramente contingente, entre la validez jurídica y las exigencias de la moralidad, es decir, la unión conceptual entre el Derecho y la Moral (1).

---

(1) También existen "terceras vías" o "alternativas" entre el Derecho Natural y la defensa del Positivismo jurídico criticadas por Hart, por ejemplo, la obra de Dworkin, profesor en Oxford y sucesor del propio Hart en su cátedra de Jurisprudencia. La crítica de Dworkin a la obra de Hart (a mi juicio, la más importante crítica que se ha hecho) será analizada detenidamente en el apartado de "La discrecionalidad judicial", aunque, evidentemente, muchos de los puntos discutidos podrían haberse integrado en este apartado. Sin embargo, creo que es más esclarecedor separar ambas polémicas ya que surgieron en circunstancias y contextos teóricos diferentes. Por otro lado, cabe decir que el moderno ataque antipositivista representado por Dworkin, aunque constituye una teoría general del Derecho, tiene como tesis central una diferente teoría de la adjudicación que se presenta expresamente como una alternativa a la tesis de la discrecionalidad judicial.

La complejidad de este tema es tan amplia como ha sido su historia. - Su desarrollo y tratamiento recorre muchos apartados de nuestro trabajo (por ej., ap. II a), ap. III c), etc.); en este capítulo tan sólo vamos a analizar la polémica mantenida por Hart y Fuller, polémica que puede servirnos de excelente introducción al tema planteado. Como fuentes directas de la polémica he tenido en cuenta los siguientes textos:

- 1) Hart, "Positivism...", cit. en n.l. (1958).
- 2) Fuller, "Positivism and Fidelity to Law.- A Reply to Professor Hart", 71 Harvard Law Review 630 (1958).
- 3) Fuller, "The Morality of Law", 1964, Yale University. Hay trad. española en la ed. Trillas, Mexico, 1967. (el libro está basado en una serie de conferencias dictadas por Fuller en la Universidad de Yale en abril de 1963).
- 4) Revisión del libro de Fuller por Hart en 78 Harvard Law Review - (1965), pgs. 1281-1296. En la edición revisada por Fuller de su libro "The Morality of Law" (v.5), en las pgs. 243 y 244 figura una lista exhaustiva de las revisiones críticas que ha dado lugar la publicación de su libro.
- 5) Por último, la edición revisada por el propio Fuller de su libro - "The Morality of Law", 1969, Yale Univ., en donde se añade un capítulo final de respuestas a sus críticos principales ("A Reply to Critics"). Indudablemente, también se tendrá en cuenta la obra principal de Hart, "El Concepto de Derecho" donde retoma algunos puntos de vista de esta polémica.

#### B.3.2.1. Crítica de la teoría imperativa.

Algunos críticos del positivismo jurídico han pensado que los defectos e insuficiencias de la teoría imperativa del Derecho bastaban para demostrar la falsedad de la tesis de la separación conceptual entre el Derecho y la Moral. Hart, si bien critica la concepción imperativa del Derecho, defiende

la tesis enunciada. (1).

Para los defensores de la teoría imperativa, "el Derecho es la orden de los que ordenan sin recibir órdenes en la sociedad, la creación de la voluntad jurídicamente no limitada del soberano, quien está, por definición, - fuera del Derecho" (2). Esta concepción claramente limitada e insuficiente, omite alguno de los elementos más característicos del Derecho, que en opinión de Hart, podrían ser reducidos a:

---

(1) El propio Hart ha identificado cinco significados de "positivismo" que se han mantenido en la teoría jurídica contemporánea; cinco puntos que son criticados en el art. cit. en n. 1, p. (1).:

1) La pretensión de que las leyes son órdenes de seres humanos (teoría imperativa que es criticada en el art. mencionado, pgs. 17 a 24; así mismo, la crítica de Hart a la teoría imperativa ha quedado expuesta en su crítica al modelo jurídico de Austin, modelo paradigmático de esta - concepción).

2) La pretensión de que no existe conexión necesaria entre el derecho y la moral (op.cit., p.3 a 13).

3) La pretensión de que el análisis (o estudio del significado) de los conceptos jurídicos es: a) algo que vale la pena hacer, y b) algo que debe ser diferenciado de las indagaciones históricas sobre las causas u orígenes de las normas, de las indagaciones sociológicas sobre la relación entre el derecho y los otros fenómenos sociales, y de la crítica o evaluación del Derecho, ya sea en términos de moral, objetivos sociales, "funciones" u otros (op.cit., pgs. 28 a 30).

4) La pretensión de que un sistema jurídico es un "sistema lógicamente cerrado" en el que las decisiones jurídicas correctas pueden ser deducidas por medios lógicos de normas jurídicas predeterminadas, sin referencia a propósitos sociales, líneas de orientación, standards morales. (op.cit., pgs. 28 a 30).

5) La pretensión de que los juicios morales no pueden ser establecidos o defendidos, como lo son los juicios de hecho, por argumentos, pruebas o demostraciones racionales (teorías "no cognoscitivas" en ética). - (op.cit., pgs. 56 a 60).

En opinión de Hart, buen conocedor de la tradición jurídica anglosajona, Bentham y Austin sostuvieron los puntos de vista descritos en 1, 2 y 3, - pero no los descritos en 4 y 5. El positivismo jurídico actual de Hart, mantiene, fundamentalmente, tres tesis generales: a) la separación conceptual entre el Derecho y la Moral; b) la tesis de las fuentes sociales - del Derecho; c) la tesis de la discrecionalidad judicial.

(2) Hart, op.cit., pág. 18.

1) si seguimos la teoría imperativa del Derecho, no podemos concebir una legislatura cambiante como un grupo de personas habitualmente obedecidas.

2) el legislador crea Derecho, en tanto que de cumplimiento a ciertas reglas aceptadas que especifiquen los procedimientos básicos de la legislación, reglas que no son órdenes habitualmente obedecidas, ni pueden ser expresadas como hábitos de obediencia a personas.

3) para Austin, en los EEUU el Derecho estaba constituido por las órdenes emanadas de los representantes del cuerpo electoral: esta idea desbarga la concepción del soberano como entidad fuera del Derecho habitualmente - obedecido por la mayoría de la población; el cuerpo electoral, al constituirse en soberano, cae en la contradicción de obedecerse a sí mismo; en este caso, la "mayoría" obedece a la "mayoría".

4) la concepción imperativa del Derecho omite distinciones entre reglas jurídicas que son de hecho radicalmente diferentes. Por ejemplo, entre reglas que imponen deberes y reglas que confieren potestades, pretensiones y - derechos (1).

Para Hart, la crítica de la teoría imperativa no trae como consecuencia la tesis de la unión conceptual entre el Derecho y la Moral. En contraste con esta opinión, hay que decir que algunos autores, al criticar la teoría imperativa concluyen diciendo que las reglas de un sistema jurídico deben estar necesariamente conectadas con reglas morales o con principios sustantivos de justicia (2).

La crítica fundamental de Fuller en este punto radica en lo siguiente: para el profesor americano, la crítica y abandono de la teoría imperativa, y

---

(1) Esta distinción no es admitida por Kelsen, para quien las normas que confieren derechos y potestades son sólo estipulaciones condicionales de sanciones imponibles sobre quienes se encuentran bajo un deber jurídico. La distinción entre estos dos tipos de reglas será fundamental en el posterior desarrollo de la obra jurídica de Hart. Hart fundamenta el Ordenamiento Jurídico en un sistema de reglas primarias (imponen deberes) y reglas secundarias (reglas de reconocimiento, adjudicación y cambio, reglas que confieren potestades).

(2) Vid. "Salmond on Jurisprudence", 12ª edición, a cargo de P.J. Fitzgerald, - Sweet Maxwell, Londres, 1966, pg. 25 y ss. La concepción de Salmond se basa en la idea de que el análisis del Derecho en términos imperativos - no explica plausiblemente la noción de derecho subjetivo. Sin embargo, - Hart opina que las reglas que confieren derechos no tienen por qué ser - reglas morales, ni ser justas o estar moralmente justificadas.

la fundamentación del Ordenamiento Jurídico en la aceptación de ciertas reglas fundamentales que especifican el procedimiento legislativo, implica una conexión conceptual entre el Derecho y la Moral; la eficacia del sistema jurídico deriva de una aceptación general de ciertas reglas, aceptación que en última instancia no deriva del propio Derecho, sino de la moral. Estas reglas fundamentales, dirá Fuller, "...derive their efficacy from a general acceptance, which in turn rests ultimately on a perception that they are right and necessary" (1). El problema básico radica, a juicio de Fuller, en que al diferenciar el Derecho que es y el Derecho que debe ser, el Ordenamiento Jurídico sólo puede ser concebido en función de su fuente formal de producción jurídica, concepción que se aleja de la formulada por Hart; éste, en opinión de Fuller, se halla en una contradicción: "...how are we distinguish between those basic rules that owe their validity to acceptance, and those which are properly - rules of law, valid even when men generally consider them to be evil or ill-advised?"(2).

La noción de "aceptación" implica para Fuller una noción moral que une conceptualmente el Derecho y la Moral. El profesor americano opina que Hart, al abandonar la teoría imperativa (basada en los tres conceptos de "soberano" "sanción" y "obediencia habitual") no puede mantener la separación es/debe en el fundamento del Ordenamiento Jurídico (3).

---

(1) Fuller, "Positivism...", op.cit., pág. 70. La numeración de las páginas corresponde a la recopilación de Feinberg y Gross, "Law in Philosophical Perspective", Selected Readings, Dickenson Publishing Company, 1977.

(2) Fuller, op.cit., pág. 71.

(3) Un estudio más detallado de la fundamentación del Ordenamiento Jurídico en la obra de Hart, se expone al analizar los conceptos de "obligación" y "Regla de Reconocimiento" .

### B.3.2.2. Realismo norteamericano, Interpretación.

Una crítica importante de la tesis de la separación conceptual entre el Derecho y la Moral corresponde al realismo americano, al decir que la interpretación judicial de casos controvertidos (es decir, casos en los que - junto a un núcleo de significado establecido existe una zona de "penumbra" de incertidumbre interpretativa) implica una intersección necesaria entre el Derecho y la Moral, ya que el criterio de interpretación consiste en un juicio moral acerca de lo que el Derecho debe ser. Frecuentemente, el positivismo jurídico ha sido calificado de formalista en el ámbito de la interpretación, al afirmar que la concepción positivista del Derecho radica en la creencia - de que el Derecho es un sistema lógicamente cerrado en el que los jueces deducen lógicamente sus decisiones de premisas establecidas. Sin embargo, a juicio de Hart, tal acusación es infundada, ya que los propios positivistas - habían estudiado el carácter polisémico del lenguaje, su vaguedad o naturaleza abierta ("open texture"). La concepción formalista de la decisión judicial corresponde más bien a filósofos iusnaturalistas que partiendo de Montesquieu, terminan en la "ficción infantil" de Blackstone de que los jueces sólo "declaran" y nunca "crean" el Derecho (1).

Fuera del ámbito de la teoría del Derecho, desde el punto de vista del juez, está claro que la lógica formal no puede servirnos de gran utilidad, - ya que nada dice acerca de la forma de clasificar y tipificar casos particulares (objeto de la decisión judicial). El hecho de que el juez decida pensando en cierto tipo de propósitos sociales o morales -y he aquí la raíz del - problema- no implica la negación de la distinción entre el Derecho que es y el Derecho que debe ser. Esta unión implica dos cosas:

- 1) en primer lugar, la integración de los criterios de conveniencia social en el propio Derecho, esperando ser "descubiertos" de su estado de latencia por el juez al precisar su "deber ser" racional.
- 2) la identificación de la decisión racional del juez con la decisión justificada moralmente. (esta identificación es negada explícitamente por Hart,

---

(1) Hart, op.cit., pgs. 28,29 y 30.

para quien el "debe" implica solamente la existencia de un standard que puede incluso llegar a ser inmoral).

El punto principal señalado por Hart es el siguiente: "Si es verdad - que la decisión inteligente de las cuestiones que están situadas en la zona de penumbra no se hace en forma mecánica, sino a la luz de propósitos, objetivos y criterios de conveniencia, aunque no necesariamente a la luz de algo que deba ser llamado principio moral, ¿es sensato expresar este importante - hecho diciendo que debemos abandonar la firme distinción de los utilitaristas entre el Derecho que es y el Derecho que debe ser? (1).

La negación de la distinción implica una concepción de las reglas jurídicas en las que están incluidos los criterios de conveniencia y finalidades racionales, de forma que el Derecho conlleve en su propio seno principios racionales de justicia o conveniencia social. Dos argumentos en contra de esta tesis son presentados por Hart:

a) el carácter insuficiente de las reglas jurídicas y la necesidad de decidir racionalmente los casos de "penumbra" teniendo en cuenta fines sociales.

b) negar la distinción es/debe en el Derecho es negar la posibilidad de fijar algún núcleo de significado establecido y afirmar que todas las cuestiones jurídicas están en la zona de "penumbra", obsesión ésta tan extrema - como la opuesta del formalismo.

El rechazo de las tesis de Hart por Fuller se basa en la concepción - de este último del Derecho como "the (purposive) enterprise of subjecting human conduct to the governance of rules" (2). Para Fuller es imposible dividir la interpretación de las reglas jurídicas en un núcleo de significado establecido y una zona de "penumbra". La interpretación implica siempre un "deber" sin que podamos establecer un "es" fijo y constante: "It is in the light of

---

(1) Hart, op.cit., pág. 38.

(2) Fuller, "La Moral del Derecho", op.cit., pág. 120, donde dice "derecho es la empresa de sujetar la conducta humana al gobierno de normas". Para Fuller, la obra de Austin, Kelsen, el realismo jurídico americano y Hart - adolecen de un grave defecto en las soluciones teóricas propuestas al - problema de la interpretación: todas tienen como premisa asumida la idea de que el Derecho debe ser considerado como una de las formas de manifestación de la autoridad, y no como una empresa de colaboración e interdependencia. Ver Fuller, "The Morality of Law", 2ª ed. pág. 227.



this "ought" that we must decide what the rule "is " (1). A mi juicio, creo que la diferencia sería tan sólo de grado, siendo más dogmática la posición de Fuller, quien, en posición semejante al formalismo, pero questa, tan sólo ve "penumbra" por todas partes, obsesión que deforma el proceso interpretativo. Por otro lado, Fuller considera imposible la interpretación del "deber ser" en términos inmoraes. Para él, el Derecho posee una lógica interna de moralidad racionalidad, coherencia y generalidad- que invalida cualquier "deber ser" immoral (2)

### B.3.2.3. Problemas jurídicos derivados del Régimen Nazi.

Los problemas de interpretación jurídica que han estado unidos a la - crítica del Régimen Nacional Socialista son -a mi juicio una de las mejores introducciones al tema de la distinción entre el Derecho que es y el Derecho que debe ser. Hart critica la conocida posición de Radbruch después de la guerra: para el autor alemán los principios fundamentales de la moral humanitaria son parte del concepto de "Recht" o legalidad, de forma que ninguna norma positiva por clara que sea su formulación y su conformidad con el criterio - formal de validez de un Ordenamiento Jurídico dado, puede ser válida si contradice principios morales básicos (3).

---

(1) Fuller, "Positivism...", op.cit., pág. 83.

(2) "Hart seems to assume that evil aims may have as much coherence and inner logic as good ones. I, for one, refuse to accept that assumption", Fuller, op.cit., pág. 636.

(3) G.Radbruch, "Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht", Süddeut - Juristen Zeitung, nº 5 (agosto de 1946, incluido posteriormente sche/ en la segunda edición de su Filosofía del Derecho). Hay trad. cast. con el título, "Arbitrariedad legal y Derecho Supralegal", Abeledo-Perrot, abril, 1962.

Hart cita un caso hipotético (1) que reproducimos a continuación:

"En 1944 una mujer que quería deshacerse de su marido lo denunció a las autoridades por haber formulado observaciones injuriosas sobre Hitler, mientras se encontraba en su casa, en uso de licencia otorgada por el ejercito alemán. La mujer no estaba obligada por la ley a denunciar al marido, aunque lo que éste había dicho aparentemente violaba ciertas leyes que calificaban de delito formular manifestaciones perjudiciales al gobierno del Tercer Reich o disminuir u obstaculizar por cualquier medio la defensa militar del pueblo alemán. El marido fue arrestado y condenado a muerte, por aplicación -parece- de esas leyes, aunque no fue ejecutado sino enviado al frente. En 1949, la mujer fue procesada en un Tribunal de Alemania Occidental por un delito que nosotros llamaríamos "privación ilegal de la libertad" (recht swidrigte Freiheitsberaubung). Esto estaba previsto como delito por el Código Penal alemán de 1871, que había permanecido en vigor continuamente desde su sanción. La mujer alegó que la prisión del marido estaba de acuerdo con las leyes "nazis" y que, por lo tanto, ella no había cometido ningún delito. El tribunal de apelaciones al que el caso finalmente llegó, declaró a la mujer culpable de provocar la privación de la libertad de su marido denunciándolo a los tribunales alemanes, aun cuando éste hubiera sido condenado por haber violado una ley, ya que, para citar las palabras de la corte, "dicha ley era contraria a la sana conciencia y al sentido de justicia de todos los seres humanos decentes" (2).

- 
- (1) El caso citado procede de 64 Harvard Law Review, (1951) p. 1005-1007, versión equívoca de la verdadera resolución judicial (sentencia del 27 de julio de 1949, Oberlandesgericht, Bamberg, "Süddeutsche Juristen-Zeitung", t.5, p.207 (Alemania 1950)) como lo demuestra H.O.Pappe Australian National University- en Modern Law Review, to.23, p.260-274. Las tesis de Hart y Fuller son resumidas por H.O.Pappe de la siguiente forma: "Hart argued, inter alia, that courts have no alternative but to apply a properly enacted statute however evil its aim may be. A victim of such law may rebel on moral grounds but, legally speaking, he has no case; he must, at his own risk, choose between his (legal) duty to obey the law and his (moral) duty not to do or abet evil. Fuller, on the other hand, emphasised that the incorporation of evil aims in law results in removing its very foundation, namely, the claim to command fidelity to law. Law, considered merely as order, contains its own implicit morality as part of its connotation. El Dr.H.O.Pappe cita a Fuller para corroborar el punto de vista expuesto: - "When a system calling it self law is predicate upon a general disregard by judges of the terms of the laws they purport to enforce, when this system habitually cures its legal irregularities, even the grossest, by retroactive statutes, when it has only to resort to forays of terror in the streets, which no one dares challenge, in order to escape even those scant restraints imposed by the pretence of legality -when all these things have become true of a dictatorship, it is not hard for me, at least, to deny to it the name of law", Fuller, "Positivism..", op.cit., pág. 80.
- (2) Hart, "El Positivismo jurídico...", op.cit., pgs. 46 y 47. Según este caso hipotético, la ley "contraria a la sana conciencia" sería la ley nazi

Hart opina que la solución más adecuada hubiera sido la aplicación de una ley retroactiva: "Por odiosas que sean las leyes y las sanciones penales retroactivas, haberlas aplicado abiertamente en este caso habría tenido al menos los méritos de la sinceridad" (1). El decir que lo inmoral no puede ser válido sólo sirve para deformar la realidad, favoreciendo un "optimismo romántico", basado en la creencia de que todos los valores que estimemos terminarán por ensamblarse en un sistema único. Ante una norma injusta, existe para Hart un doble conflicto entre dos tipos de obligación: por un lado, una obligación (jurídica) de obedecer al Derecho, y, por otro, una obligación (moral) que implica la desobediencia. Para Fuller este dilema no tiene sentido, ya que, según su criterio, el Régimen Nazi nunca tuvo un Ordenamiento Jurídico, al haber violado constantemente la "moral interna del Derecho" (por ejemplo: el uso de leyes retroactivas, la ejecución de normas secretas, la violación de sus propias normas, etc.). El Derecho en la concepción de Fuller, lleva implícito en su propio concepto la existencia de una moralidad interna, una especie de Derecho Natural procesal cuya inexistencia implicaría, por definición, la no existencia del Derecho. Por otro lado, Fuller critica el concepto de "obligación de obediencia al Derecho" formulado por Hart: una teoría del Derecho que se basa en sus fuentes formales de producción y aplicación normativa no puede explicar la existencia de esta obligación. En opinión de Fuller, una filosofía positivista del Derecho no puede dar un significado coherente a una obligación de fidelidad al Derecho (2).

---

cont.-que castigaba la formulación de manifestaciones perjudiciales al gobierno del Tercer Reich. Según el caso real, la mujer, al no tener el deber de denunciar al marido y al hacerlo por razones puramente personales, actuó -según dice la sentencia- "en forma contraria a la sana conciencia y sentido de justicia de todos los seres humanos decentes". En todo caso, los razonamientos y las argumentaciones se basan en el caso hipotético.- Este tema, desde un punto de vista general, ha sido tratado también en Hart, "El Concepto de Derecho", op.cit., p. 257 y ss.

(1) Hart, "El Positivismo...", op.cit., p.47. Hart subraya que los "enactments" indeseables del Régimen Nazi deberían haber sido revocados por la legislación retroactiva, y no por la revisión judicial. Esta solución puede conllevar problemas en la interpretación del principio de separación de poderes. Si bien previene a los tribunales de inmiscuirse en la función legislativa, el propio poder legislativo se interfiere en la "res iudicata". - Hart, como hemos visto, prefiere la invasión del judicial por el legislativo, aunque ambas invasiones violan el mismo principio. En este sentido, H.O.Pappe, op.cit., pág.274.

(2) Fuller repite estos argumentos a lo largo de su "Positivism...", op.cit.

#### B.3.2.4. La "moral interna" del Derecho.

La cuarta parte del argumento esgrimido por Hart para la defensa de la tesis de la separación conceptual entre el Derecho y la Moral, concierne a las "propiedades necesarias" del Ordenamiento Jurídico, propiedades sustantivas y procedimentales. Parte Hart de la importancia que se le debe conceder, dentro de la Teoría General del Derecho, al Ordenamiento Jurídico considerado como un todo; los problemas del Ordenamiento Jurídico deben ser tratados de distinta forma de los problemas que conlleva un análisis pormenorizado de las normas jurídicas.

Las diferencias de estos dos tipos de análisis son importantes en el estudio del tema que nos concierne, es decir, para la distinción entre lo que el Derecho deber ser y lo que el Derecho es.

El problema principal radica en analizar el carácter de "necesarias" de ciertas "propiedades" del Ordenamiento Jurídico, es decir, si el Ordenamiento Jurídico conlleva lógicamente ciertas propiedades inherentes a su propio significado. Para Hart, tanto las reglas que prohíben el uso de la violencia (derivadas de la vulnerabilidad de los seres humanos) como las reglas que constituyen alguna forma mínima de propiedad (derivadas de la necesidad de crecimiento y protección de los alimentos antes de su consumo) se pueden considerar como necesidades "naturales" de los sistemas jurídicos. Este tipo de reglas sustantivas se diferenciarían de las reglas preconizadas por las teorías del Derecho Natural en cuanto al alcance de sus argumentos. Mientras que éstas defienden unos propósitos que exceden la finalidad de la supervivencia, el "contenido mínimo" del Derecho Natural de Hart se deriva del "humilde" propósito de la supervivencia, factor "necesario" en las sociedades humanas, - con la lógica excepción del club de suicidas (1).

Independientemente de este tipo de reglas sustantivas, existen para - Hart otro tipo de reglas procedimentales que conllevan la existencia de los

---

(1) Un desarrollo más amplio del "contenido mínimo" de Derecho Natural, una de las tesis más discutibles de Hart, se verá más adelante.

Ordenamientos Jurídicos; estas reglas generales connotan el principio de - "tratar de la misma manera a los casos semejantes" (1). Se trataría de una - justicia procesal formada por "aquellos principios de objetividad e imparcialidad en la administración del Derecho que complementan exactamente este aspecto de él, y que tienen a garantizar que las reglas serán aplicadas solamente a aquellos casos genuinamente comprendidos en ellas o, al menos, a reducir al mínimo los riesgos de desigualdad en este sentido" (2). Ahora bien, esta especie de superposición entre los standards jurídicos y morales no puede satisfacer a los iusnaturalistas, ya que un sistema jurídico, sin dejar de satisfacer estos requisitos mínimos, podría ser tremendamente opresivo (al aplicar leyes opresivas con imparcialidad) y deshonesto (denegando el "contenido mínimo" de Derecho Natural a cierta parte de la población).

La oposición de Fuller a las tesis de Hart se podrían resumir en dos puntos principales:

1) en primer lugar, Fuller critica la separación es/debe en el Derecho como si se tratara de una consecuencia de la tesis de la racionalidad de los juicios morales. Opuesto a las teorías no cognoscitivistas de la moral, Fuller sostiene que los juicios morales son tan racionalmente defendibles como cualquier otra clase de juicios. Teniendo en cuenta esta premisa (compartida por Hart) Fuller considera, que en los casos difíciles de interpretación ("hard cases"), la inclusión del nuevo caso bajo la regla toma su lugar como una elaboración natural de ésta, como algo que complementa un "propósito" que parece natural atribuir a la propia regla (3). En estos casos controvertidos no

---

(1) Hart, op.cit., pág. 54. Una moderna versión de un concepto "funcional" del Derecho Natural, puede verse en T.M. Bendit, "Law as Rule and Principle", The Harvester Press, Sussex, England, 1978, pgs. 90-116.

(2) Hart, op.cit., p.55. En "The Concept of Law" se desarrollan estos principios: inteligibilidad, capacidad de obediencia, irretroactividad, etc. -

(3) Fuller, "Human purpose and natural law", 53, "Journal of Philosophy", 1956. Este artículo abrirá una polémica con el profesor E. Nagel de la Universidad de Columbia Ver: Fuller, "Human Purpose and Natural Law", 3 Natural Law Forum 68 (1958); Nagel, "On the Fusion of Fact and Value: A Reply to Professor Fuller, id., p.77; Fuller, "A Rejoinder to Professor Nagel", id. p.83; Nagel, "Fact, Value and Purpose", A Natural Law Forum 26 (1959); - vid. también R. Summers, "Is and Ought in Legal Philosophy", 13 Philosophical Quarterly 157 (1963), y G. Hughes, "The existence of a Legal System", New York University Law Review (1960), pág. 1023.

hay, por tanto, una "legislación judicial" (como fué llamada por los utilitaristas) o una "elección creadora" (tesis del realismo americano), sino, simplemente, una elaboración o articulación racional-natural de la regla. Así, para Fuller, sería equívoco distinguir entre tales casos entre lo que la regla es y lo que debe ser. Hart, si bien admite la posibilidad de racionalidad en los argumentos morales, cuestiona la tesis de Fuller en base a dos argumentos:

a) el primero, en base a que el deber ser de la argumentación en la interpretación jurídica no tiene por qué estar relacionado con la moral (los "propósitos" pueden ser inmorales, y la lógica del deber ser jurídico puede conllevar, asimismo, esta immoralidad).

b) en segundo lugar, atendiendo al uso lógico del lenguaje ordinario, es difícil aceptar la tesis de que la única manera de decidir los casos se impone como la elaboración natural o racional de las reglas. Más cerca de la realidad sería el aceptar el discurso de la interpretación como una elección entre alternativas. (1)

2) La tesis central de Fuller se centra en su concepto de la "moral interna del Derecho" (concepto denominado a veces como "la moral que hace posible el derecho", "moral especial del derecho", "derecho procesal natural o "principios de legalidad"). Este tipo de moral interna del Derecho conlleva ocho exigencias:

a) Las normas jurídicas deben ser:

- 1) Generales.
- 2) Promulgadas.
- 3) No retroactivas.
- 4) Claras y comprensibles.
- 5) Libres de contradicciones.

b) Las normas jurídicas no deberían:

- 1) Exigir lo imposible
- 2) Ser frecuentemente cambiadas
- 3) Ser incongruentes entre el Derecho y la acción oficial -

---

(1) Hart, op.cit.,pág. 64.

de administración y aplicación (1).

Para Fuller estos ocho requisitos no derivan de principios de justicia o de otros principios morales externos que impliquen un contenido moral de las normas jurídicas, sino que son alcanzados únicamente en función de una consideración "realista" de lo que es necesario para lograr una ejecución eficaz del propósito general de guiar la conducta humana por medio de reglas; es decir, derivan de la propia definición del Derecho ("The purposive enterprise of subjecting human conduct to the governance of rules").

Como cabe pensar, Hart considera una fuente de confusión la calificación de estos principios de legalidad como una especie de moral. Tres principales objeciones son formuladas por Hart (2):

1) esta calificación es ambigua ya que puede ser aplicada no sólo por abogados y juristas respecto del Derecho, sino que puede ser igualmente aplicable a cualquier actividad reglada (como los juegos) en la que exista dos tipos de autoridad, una que crea las reglas y otras que las aplica.

2) En segundo lugar, -siendo ésta la objeción fundamental-, esta calificación confunde dos conceptos cuya distinción, a juicio de Hart, es de vital importancia: a) actividad intencional ("purposive activity") y b) el concepto de moralidad (3). La actividad intencional connota una serie de reglas y principios que no tienen por qué ser constitutivos de moralidad (4).

---

(1) La formulación y explicación detallada de estos ocho principios se encuentran en "The Morality of Law", op.cit., pgs. 33-94. Una crítica a esta "patología" del Derecho se puede encontrar en S.S.Summers, "Professor Fuller on Morality and Law, 18 Journal Legal Education I (1966).

(2) Revisión de libro, "The Morality of Law", op.cit., pág. 1286.

(3) Hart pone el ejemplo siguiente: siendo el envenenamiento una actividad intencional, tiene, evidentemente, una serie de "principios internos" para la consecución del buen arte de envenenar, sin que podamos llamarlos la "moral del envenenamiento". Llamarlos de esta forma, "would simply blur the distinction between the notion of efficiency for a purpose and those final judgements about activities and purposes with which morality in its various forms is concerned", Hart, op.cit., pág. 1286.

(4) El mismo argumento es utilizado para criticar los conceptos de Fuller de "moral del deber" y "moral de la aspiración". Hart, op.cit., pgs. 1286-1287.

3) Hart opina que los principios de legalidad no aseguran en su ejercicio realizaciones y logros justos. Es más, los principios de legalidad pueden ser compatibles con la más grande de las iniquidades, sin que les afecte ningún tipo de conexión necesaria con la moral. El orden no es garantía del orden justo (1). Fuller mantiene la posición contraria: la simple exigencia de una moral interna del Derecho no es éticamente neutral. Parte Fuller de una consideración del Derecho como una "empresa" compleja susceptible de varios grados de éxito, en el que la conexión legalidad-justicia es tan evidente como necesaria, citando como ejemplo la legislación racista de Sudáfrica (2), para Fuller, si un legislador está tratando de eliminar algún mal y no puede identificar la meta a la que se dirige su normativa, tendrá dificultad en elaborar leyes que sean claras, con lo que se desvía de los requisitos de la moral interna del Derecho: esto sucede -argumenta Fuller- en la legislación sudafricana, ya no existe una base científica y uniforme de clasificación racial. Hart, por el contrario, no cree que este ejemplo pueda apoyar la tesis de Fuller: lo único que demuestra es que el principio de que las normas deben ser inteligibles y claras es incompatible con la consecución de fines sustantivos vagamente definidos, independientemente de su justicia o injusticia. Es decir, no hay ningún tipo de incompatibilidad entre normas claras e injusticia: "Clear laws are therefore ethically neutral though they are not equally compatible with vague and well-defined aims" (3). Es decir, para Fuller, el requisito formal de claridad legislativa (que forma parte del principio de legalidad) conlleva una conexión conceptual con la moral, mientras que para Hart tal conexión no es ni necesaria, ni lógica, ni conceptual, sino, simplemente, contingente. Algunos autores "analíticos" han aceptado la proposición consistente en afirmar la necesidad de ciertos principios de legalidad para la existencia de un Ordenamiento jurídico. Así Cohen escribe: - "Fuller's canons...are... a tolerable start at producing a set of conditions necessary for the presence of a (modern) legal system...One might argue with Fuller's list but there can be no doubt that some list of this sort is correct"

---

(1) "El Concepto de Derecho", op.cit., págs. 254-256.

(2) Fuller, "The Morality of Law", op.cit., pág. 160.

(3) Hart, revisión de "The Morality of Law", op.cit., pág. 1287.



(cohe, "Law, Morality and Purpose", The Morality of Law -A Symposium, 10 Villanova Law Review, 631-678 (1965); la cita está tomada de la pg.648). De la misma forma, Dworkin dice: "I accept Fuller's conclusión that some degree of compliance with his eight canons of law is necessary to produce (or equally as important, to apply) any law, even bad la" (Dworkin, Philosophy, Morality, and Law-Observations Prompted by Professor Fuller's Novel Claim", 113 University of Pennsylvania Law Review (1965), pág. 669). Sin embargo, la tesis de Fuller va más allá de esta simple proposición. En este sentido, Fuller podría ser calificado como un racionalista platónico que une la virtud y el conocimiento.

Indudablemente, se puede llevar a cabo una crítica moral externa de la legislación racista, pero sería una contradicción el decir que los propios criterios de legalidad califican de injusta esta legislación. Para Fuller, la moral interna del Derecho es tan procedimental como sustantiva. Entendiendo al Derecho como una "empresa intencional", los aspectos procesales y formales del mismo no pueden evitar un contenido moral sustantivo, ya que Fuller -como anteriormente hemos visto- parece identificar actividad intencional (1). Para Hart, la validez jurídica es una categoría formal, moralmente neutral,

- 
- (1) El concepto de moral para Fuller es, o una especie de autorrealización de la persona humana (moral de "aspiración" cuyo paradigma es la moral griega) o una moral del deber (prescripciones que ordenan una sociedad -cuyo paradigma es la moral del Antiguo Testamento). El concepto de moral para Hart es más un concepto "social" que incluye reglas sociales y standards de conducta con cuatro principales características formales: importancia, inmunidad ante el cambio deliberado, carácter voluntario de los delitos morales y formas de presión social. Hart, "El Concepto de Derecho", pgs. 215-233. El propio Hart critica la distinción de Fuller entre "moral del deber" y "moral de aspiración mediante dos argumentos: a) El concepto del "deber" es definido por Fuller en función de su carácter "objetivo" y "racionalmente descubrible". Sin embargo -dirá Hart- la afirmación posterior de Fuller de varias morales alternativas del deber, hacen incongruente su definición inicial.
- b) Por otro lado de la filosofía moral de Fuller se derivan dificultades epistemológicas difíciles de superar. V. Hart, "The Morality of Law" (book review), 78 Harvard Law Review, 1965, págs. 1282 y 1283. Una crítica interesante del doble concepto de moralidad en Fuller puede verse en Robert S. Summers, "Professor Fuller on Morality and Law", 18 Journal Legal Education I (1966), reimpresso en "More Essays in Legal Philosophy", ed. by R.S. Summers, Oxford, 1971, p. 101-113.

formalmente definida en función de sus fuentes, fuente que no puede ser considerada como un soberano que emite órdenes sino que se trata de un conjunto de reglas secundarias generalmente aceptadas por las instituciones que crean y aplican el Derecho, reglas secundarias de las que derivan su poder y autoridad. Para Fuller la noción de orden implica un contenido moral. Si bien el orden jurídico es un requisito previo para el buen orden, no se pueden identificar ambos conceptos. Una vez que la cuestión sobre la existencia del Derecho ha sido decidida, siempre existe una cuestión ulterior sobre su justicia o injusticia. Ahora bien, Fuller no separa el orden jurídico de la moral. La moral interna del Derecho (principio de legalidad) se interacciona con la moral externa (propósito sustantivos de justicia)"....a recognition that the internal morality of law may support and give efficacy to a wide variety of substantive aims should not mislead us into believing that any substantive aim may be adopted without compromise of legality (or legal moraliti)". (1).

#### B.3.2.5. Conclusión.

Todas las discusiones y polémicas de la tesis de la separación conceptual entre el Derecho y la Moral mantenidas por Hart y Fuller radican en las diferentes concepciones que sobre el Derecho mantienen estos dos autores. La concepción estructural de Hart (2). Esta oposición metodológica es reconocida por el propio Hart: "...our starting points and interest in jurisprudence are so different that the author and I are fated never understand each other's work" (3).

---

(1) Fuller, op.cit., pág. 153.

(2) Sin embargo, la concepción "estructural" de Hart debe ser matizada, ya que sus conceptos jurídicos cumplen funciones sociales características. En última instancia, ambas críticas se fundamentan en las definiciones del Derecho que se defienden. Esto ha sido señalado por George Breckenridge en "Legal Positivism and the Natural Law: The Controversy Between Professor Hart and Professor Fuller", 15 Vanderbilt Law Review (1966), pgs. 945-964. Breckenridge argumenta a favor de la tesis de Fuller, a mi juicio, de una manera no convincente. Sobre la concepción estructural y Teleológica, vid. Rolf E. Sartorius, "Individual Conduct and Social Norms", Dickenson Publishing Company, Inc., California, 1975, pg. 164.

(3) Hart's book review, op.cit., pág. 1281.

Como ha señalado Sartorius (1), la reciprocidad de actuación entre el ciudadano y el Estado en la obra de Fuller implica el que la observancia de la moralidad interna del Derecho es una condición necesaria y suficiente para la existencia de una obligación moral de obediencia al Derecho por parte del ciudadano. La exigencia de legalidad interna implica la existencia de moralidad externa. Fuller dibuja un panorama en el que la "rule of law" establece una estructura institucional que garantiza la actuación de los ciudadanos afectados por la aplicación de reglas generales (oportunidad de participar en el proceso de la "adjudication" presentando pruebas razonadas y argumentos a favor). Los derechos y obligaciones subyacentes a tales reglas implican, siguiendo a Fuller, una consideración ponderada de los propósitos sustantivos implícitos en tales reglas (2). Esta articulación de propósitos compartidos implica un nexo de unión entre una moral procedimental del Derecho y el contenido sustantivo de reglas particulares. Así, pues, la conexión conceptual entre el Derecho y la Moral se articula, en la obra de Fuller, en tres tesis interdependientes:

- 1) La existencia de los sistemas jurídicos implica, en un cierto grado mínimo, la observancia de la moral interna.
- 2) Esta observancia implica un respeto a los propósitos sustantivos y, por tanto, una conexión con la moral.

---

(1) Sartorius, op.cit., pág. 166.

(2) La noción de "propósito", como se ha visto, es fundamental en la obra de Fuller. En este sentido, v. Nakhnikian, "Professor Fuller on Legal Rules and Purpose", 2 Wayne Law Review 190, 197 (1956). El concepto de "propósito" es usado por Fuller de dos formas: por un lado, para definir al Derecho como la "purposive human enterprise of subjecting human conduct to the guidance and control of general rules"; por otro, a lo largo de su obra, Fuller asume, implícito o explícitamente, la siguiente proposición: la realidad jurídica puede ser representada satisfactoriamente en términos de acciones de ciudadanos y funcionarios particulares teniendo como guía propósitos específicos. V.R.S. Summers, "Professor Fuller on Morality and Law", op.cit., págs. 118 y 119. Ahora bien, la concepción "intencional" del Derecho propuesta por Fuller no hay que confundirla con una visión "funcional". Mientras que ésta puede ser enmarcada dentro de una concepción estructural, aquélla se asemeja a las clásicas visiones teleológicas.

- 3) Esta moral sustantiva resultante del Derecho es suficiente para -  
justificar una obligación moral de obediencia (1).

Esta conexión entre una moral procedimental y el contenido sustantivo de reglas particulares queda reflejado en dos citas de Fuller que transcribo a continuación: (2).

"....Professor Hart seems to assume that evil aims may have as much coherence and inner logic as good ones. I, for one, refuse to accept that assumption. I realize that I am here raising, or perhaps dodging, questions that lead into the most difficult problems of the epistemology of ethics. Even if I were competent to undertake an excursus in that direction, this is not the place for it. I shall have to rest on the assertion of a belief that may seem naive, namely, that coherence and goodness have more affinity than coherence and evil. Accepting this belief, I also believe that when men are compelled to explain and justify their decisions, the effect will generally be to pull those decisions toward goodness, by whatever standards of ultimate goodness - there are. Accepting these beliefs, I find a considerable incongruity in any - conception that envisages a possible future in which the common law would - "work itself pure from case to case" toward a more perfect realization of iniquity".

"...I have spoken as if the affinity between legality and justice consisted simply in the fact that a rule articulated and made known permits the public to judge of its fairness. The affinity has, however, deeper roots. Even if a man is answerable only to his own conscience, he will answer more responsibly if he is compelled to articulate the principles on which he acts".

Para Fuller, pues, una regla jurídica inteligible o promulgada implica su propia bondad: hay una conexión conceptual entre una moral de procedimiento y una moral sustantiva, entre el Derecho y la Moral.

Fuller caracteriza la obra de Hart como representante principal de lo

---

(1) Vid. Sartorius op.cit., pág. 169.

(2) Las citas han sido tomadas de "Positivism and Fidelity...", op.cit., pág. 474 y de "Morality of Law...", op.cit., pág. 159.

que Summers, en un conocido artículo definió como "The New Analytical jurists" (1). Los puntos básicos de esta escuela son resumidos por Fuller de la siguiente forma: (2).

- 1) la definición del Derecho en función de su fuente formal de producción.
- 2) el positivismo jurídico analítico no pretende cuestionarse lo que es o lo que hace el Derecho, sino quien puede crear el Derecho. Se trata, dice Fuller, de definir "the principle or principles by which the right to create law is allocated" (3).
- 3) Para Fuller, este tipo de positivismo jurídico no considera al legislador como representante de una función o rol especial, sino como una simple proyección del poder político.
- 4) Este legislador no está limitado por una "role morality" en el ejercicio de sus funciones. No hay ninguna "moral especial" aplicable a la propia función legislativa.
- 5) La tesis principal consiste en la separación entre el propósito de crear Derecho y el Derecho que surge de ese esfuerzo intencional; sobre esta tesis se centra la principal crítica de Fuller, derivada de su propia concepción intencional del Derecho.

Para Fuller, el Derecho no es ni se asemeja a una dirección empresarial. Así, dice Fuller: "...law is not, like management, a matter of directing other persons how to accomplish tasks set by a superior, but is basically a matter of providing the citizenry with a sound and stable framework for their interactions with one another, the role of government being that of standing as a guardian of the integrity of this system" (4). El Derecho es produc

---

(1) 41 New York University Law Review p.861-96 (1966). En este artículo, el propio autor se incluía en esta corriente junto a Hart, R.Dworkin y M.Cohen.

(2) Fuller, "The Morality...", p. 191 y ss. Para Fuller, estos puntos básicos son compartidos por Austin, Hart y Kelsen. Podemos aceptar, en principio, esta tesis, si bien las diferencias conceptuales y metodológicas de estos tres autores son fácilmente descubribles.

(3) Fuller, op.cit., pg.192. Estos principios pueden encontrarse -siguiendo a Fuller- en el concepto de "soberano-hábito de obediencia" de Austin, la "norma fundamental" de Kelsen, y la "regla de Reconocimiento" de Hart.

(4) Fuller, "The Morality...", op.cit., pág. 210.

to -para Fuller- de un intercambio de orientaciones intencionales entre el -ciudadano y su gobierno. Para criticar al modelo del positivismo jurídico -analítico que Hart representa, Fuller lo asemeja y denomina "managerial direction" (1): "it will be seen that Hart's concept of law, being based essentially on the managerial model, contains no element inconsistent with the view that law is a one-way projection of authority" (2). ¿Cómo describe Fuller su "managerial model"? Con sus propias palabras se trata de "a matter of directing other persons how to accomplish tasks set by a superior" (3). Por tanto, para Fuller, el rechazo de Hart de la teoría imperativa no implica un abandono de la teoría "empresarial" del Derecho. Sin embargo, creo que Fuller simplifica la crítica de Hart a Austin; para el profesor americano Hart rechaza la teoría de Austin en dos puntos: a) la fuerza del Derecho no radica en la amenaza de sanciones (como parece sugerir Austin) sino en la aceptación de la autoridad y b) la teoría de Austin presupone una comunicación directa entre el legislador y el súbdito. Creo que esta visión simplificadora de la crítica de Hart al modelo imperativo no corresponde con la realidad. Sin embargo, lo que subyace en el fondo de la discusión es, de nuevo, dos concepciones antagónicas del concepto de Derecho. El Derecho es para Fuller como una empresa con un fin determinado, dependiendo para su éxito de la energía, percepción, inteligencia y rectitud moral de aquellos que lo dirigen. En oposición a esta concepción global, Fuller describe el concepto de Derecho de sus críticos: el Derecho debe ser tratado como un hecho manifiesto de autoridad o poder social, que debe estudiarse por lo que es y hace, y no por lo que es tá tratando de hacer o de llegar a hacer.

La concepción del Derecho como un fenómeno interaccional le lleva a Fuller a criticar brevemente dos corrientes de pensamiento que considera muy influyentes en la obra del positivismo jurídico analítico: por un lado, la filosofía del lenguaje ordinario, a la que califica de "a pointer theory of meaning" (teoría "indicadora" del significado) al no tener en cuenta -según

---

(1) Fuller, "The Morality...", op.cit., pág. 207.

(2) Fuller, "The Morality...", op.cit., pág. 215, 216

(3) Fuller, "The Morality...", op.cit., pág. 210.

Fuller- perspectivas amplias de interpretación intencional superadoras de una visión atomística e individualizadora del significado; por otro lado, crítica al utilitarismo por su trivialización de los fines morales sustantivos. Creo en este punto que Fuller desconoce en gran parte lo que representa la filosofía analítica del lenguaje ordinario en la obra de Hart, que no debe confundirse con una visión "atomística" e individualizadora del lenguaje jurídico. Lo que critica Fuller del positivismo jurídico analítico es su carencia de una dimensión social (1). Esta carencia debe ser sustituida por una teoría interaccional del Derecho. Concluye Fuller diciendo: "Perhaps in time legal philosophers will ceased to be preoccupied with building "conceptual models" to represent legal phenomena, will give up their endless debates about definitions, and will turn instead to an analysis of the social processes that constitute the reality of law" (2). A mi juicio, esta crítica me parece justificada si es dirigida contra el positivismo jurídico tradicional. Sin embargo, la versión del positivismo jurídico hartiano me parece alejada de este defecto. Como el propio Hart ha escrito, citando a su maestro y amigo J.L.Austin: "Una conciencia agudizada de las palabras puede agudizar nuestra percepción de los fenómenos" (3). Una filosofía analítica del lenguaje no está reñida con un análisis de la realidad social.

#### B.3.2.6. La Coacción Jurídica de la Moral, Polémica Hart-Delvin.

##### B.3.2.6.1. Introducción.

Los utilitaristas clásicos, J.Bentham y J.S.Mill, argumentaron a favor de la necesidad de justificación del uso del Derecho Penal, sin que esta justificación pudiera entenderse como el simple hecho de que el presunto delito en cuestión atentará contra el código moral de la comunidad. La justificación del castigo implicaba algo más que la mera oposición o desacuerdo con un código moral determinado. Como dice Hart, comentando la obra de Bentham y Mill:

---

(1) Fuller, op.cit., pág. 237

(2) Fuller, op.cit., pág. 242.

(3) Hart, CD., prefacio, XII.

"is must be shown that the conduct punished is either directly harmful either to individuals or their liberty or jeopardises the collective interest which members of society have in the maintenance of its organisation or defence. The maintenance of a given code of morals "as such" is not, according to this outlook, the business of the criminal law or of any coercive institution. It is something which should be left to other agencies: to education or to religion or to the outcome of free discussion among adults" (1).

Esta crítica utilitarista a las tesis que posteriormente serían defendidas por la "filosofía judicial" victoriana (tesis que justificaban la coacción jurídica de la moral) fué atacada duramente por el juez victoriano James Fitzjames Stephen en su libro "Liberty, Fraternity and Equality" (2), ataque dirigido especialmente a la doctrina de Mill que justificaba la restricción del uso del Derecho Penal en base a los principios de libertad y felicidad. Para Stephen, la sociedad estaba legitimada para hacer uso del Derecho Penal contra las acciones consideradas inmorales, independientemente de su perjuicio o posible daño causado. "For Stephen -dirá Hart- it was enough that the conduct punished was seriously condemned by the generally accepted morality of society" (3).

La crítica de Stephen a Mill, en plena edad victoriana, tuvo una curiosa revitalización en la crítica de Devlin (4) al informe del "Wolfenden Committee", en los años 50 en Inglaterra. En 1954 el "Departmental Committee", conocido posteriormente como el "Wolfenden Committee", realizó un informe sobre la regulación jurídica inglesa de la prostitución y la homosexualidad, - informe publicado en 1957 (5), cuyas conclusiones venían a coincidir con las principales tesis mantenidas anteriormente por el clásico utilitarismo liberal. En relación a la prostitución, el informe de Wolfenden Committee" dife-

---

(1) "The Morality of the Criminal Law", two lectures, Jerusalem at the Magnes Press, The Hebrew University, 1964; la primera edición inglesa es de 1965, reeditado en 1969, O.U.P. La cita está tomada de la segunda conferencia, "The Enforcement of Morality", pág.32.

(2) London, 1873.

(3) Hart, op.cit., en n.l.p.33. Por su parte, Stephen afirma: "Criminal law is in the nature of a persecution of the grosser forms of vice", op.cit., - 2ª ed. de 1874, pág. 162.

(4) Lord Devlin fué juez del "Queen's Bench" desde 1948 a 1960, y "Lord of Appeal" desde 1961.

(5) Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution. Cmd.247 (1957), New York, Lancer Books, 1964.



renciaba el concepto de "inmoralidad privada" de la "indecencia pública": "We are not attempting to abolish prostitution or to make prostitution in itself illegal. We do not think the law ought to try to do so...What the law can and should do is to ensure that the streets of London and our big provincial cities should be free from what is offensive or injurious" (1).

En relación con el problema de la homosexualidad de W.R. recomendaba la despenalización del comportamiento homosexual entre adultos, con consentimiento y en privado, formulando así una de sus más interesantes y controvertidas tesis (2): "...that homosexual behaviour between consenting adults should no longer be a criminal offence (by stating the argument) (3) which we believe to be decisive, namely, the importance which society and the law ought to give to individual freedom of choice and action in matters of private morality. Unless a deliberate attempt is to be made by society, acting through the agency of the law, to equate the sphere of crime with that of sin, there must remain a realm of private morality which is, in brief a crude terms, not the law's business. To say this is not to condone or encourage private immorality".

En definitiva, el informe del Comité basaba su respuesta en la siguiente tesis general: "Our own formulation of the function of the criminal law - so far as it concerns the subjects of this enquiry. In this field its function, as we see it, is to preserve public order and decency, to protect the citizen from what it is offensive or injurious, and to provide sufficient safeguards against exploitation and corruption of others, particularly those who are specially vulnerable because they are young, weak in body or mind, inexperienced, or in a state of special physical, official or economic dependence. It is not, in our view, the function of the law to intervene in the private life of citizens, or to seek to enforce any particular pattern of behaviour, further than is necessary to carry out the purposes we have outlined" (4).

---

(1) Cap. 9, para, 285.

(2) Para. 62.

(3) Para. 61.

(4) Para 13.

El punto fundamental que se discutía en el informe era el problema teórico y práctico de las relaciones jurídicas entre el Derecho y la Moral, es decir, dicho de una manera muy simplista, las relaciones entre delito y pecado. En el informe se trataba de contestar a la siguiente pregunta: ¿hasta - qué punto - si es que existe tal necesidad - el Derecho Penal de un país determinado debe coaccionar el cumplimiento de la moral mediante el castigo dirigido a sus infractores?. Lo importante será por tanto delimitar el concepto de "private morality", campo de acción en el que el Derecho no debe intervenir; por consiguiente, según el informe del Comité, ningún acto privado inmoral debe ser considerado como delito, a menos que vaya acompañado de alguna característica que lo tipifique jurídicamente, como la "indecentcy, corruption or exploitation" (1).

A los dos años de aparecer el informe del W.R., el 18 de marzo de 1959, ante la Academia Británica, Lord Devlin pronunció su "Maccabean Lecture in Jurisprudence", publicada posteriormente con el título "The Enforcement of Morals" (2), conferencia que criticaba el citado informe, defendiendo la tesis de que el Derecho debería castigar la inmoralidad, independientemente de su daño o perjuicio: para Devlin, la conducta que contraviene el código moral de una sociedad es condición suficiente para justificar su castigo por el Derecho Penal.

- 
- (1) En la base de esta argumentación subyace la concepción clásica liberal - de Stuart Mill, para quien la coacción jurídica puede justificarse solamente bajo el propósito de prevenir un posible daño o perjuicio. Así, entre otros, lo ha señalado Lord Lloyd, "Introduction to jurisprudence", - London, 1972, pg.51. Más adelante, el "Wolfenden Report" dice: "It is not the duty of the law to concern itself with immorality as such...It should confine itself to those activities which offend against public order and decency or expose the ordinary citizen to what is offensive or injurious" Para 257.
- (2) La conferencia fué publicada en "Proceedings of the British Academy", vol XLV. Posteriormente fué publicada como parte de su libro "The Enforcement of Morals" O.U.P., Londres, 1965, pgs. 1-25, con el título "Morals and - the Criminal law". La edición que he consultado es de 1968. Esta conferencia, y especialmente la posición mantenida en ella contra los homosexuales (... "we regard it as a vice so abominable that its mere presence is an offence. If that is the genuine feeling of the society in which we live, I do not see how society can be denied the right to eradicate it", p. 17), produjo una marea de respuestas y críticas, tanto en el mundo académico como en la prensa.

B.3.2.6.2. Devlin y la función del Derecho Penal.

Devlin, autor que asume la tesis de que los sistemas morales se basan histórica y lógicamente en la religión -y más concretamente, la moral de la civilización occidental se fundamente para Devlin en la religión cristiana-, sostiene la posibilidad teórica de que el Estado justifique sus sanciones jurídico-penales en función de la moral. La función del Derecho Penal, aunque con diferente objetivo, cubre un campo de acción semejante al cubierto por la moral. Para Devlin, la sociedad debe exigir el cumplimiento y la observancia de ciertos standards de comportamiento o principios morales, ya que su no observancia no implica solamente una ofensa hacia la personas perjudicada, sino un delito contra la sociedad considerada como totalidad y no como un agregado de personas ofendidas. Ejemplo de esta tesis es, para Devlin, la imposibilidad de que el consentimiento de la víctima sea usado como defensa procesal, a menos de que el propio consentimiento del ofendido trastoque la naturaleza jurídica del delito tipificado (1).

Devlin, en su obra ya citada, plantea tres cuestiones fundamentales - (2):

1) en primer lugar, ¿tiene la sociedad el derecho de juzgar todos los asuntos que se refieran a la moral? ¿hay alguna distinción entre una moral - pública y una moral privada.

2) si se responde afirmativamente a la primera pregunta, cabe plantearse otra cuestión: ¿tiene la sociedad el derecho a utilizar el aparato coactivo del Ordenamiento Jurídico para hacer cumplir la moral vigente?.

3) si es así, cabría hacer una última distinción entre las dos siguientes proposiciones:

a) la sociedad puede interferir jurídicamente a todos los casos que afecten a la moral.

b) la sociedad puede interferir jurídicamente en algunos casos que afectan a la moral. Si es así, ¿en base a qué principios o criterios cabe diferenciar estos actos?.

---

(1) "The Enforcement..", op.cit., pág. 6.

(2) "The Enforcement...", op.cit., pág.7.

La primera y segunda pregunta son contestadas afirmativamente por Devlin en base a dos argumentos: (1).

a) en primer lugar, Devlin argumenta de la siguiente forma: el lenguaje usado en el informe del Comité sugiere el punto de vista de que no debemos hacer un juicio colectivo (juicio social), acerca de la inmoralidad "per se". Ahora bien, se pregunta Devlin, si la sociedad no está preparada para decir que la homosexualidad es moralmente incorrecta, no hay ninguna base para proteger jurídicamente a la juventud de la "corrupción" o para castigar a un hombre que viva de las ganancias "inmorales" de la prostitución homosexual, protección y castigo recomendados por el propio informe (2); por ello, Devlin critica la ambigüedad del lenguaje usado en el informe, ya que no sabemos si la sociedad debe permanecer neutral ante la "libertad de acción y elección" -libertad para decidir lo que es moral o inmoral- o ante la libertad de ser inmoral si así se quiere.

b) en segundo lugar, Devlin expone un argumento "a priori": el paso de un conjunto de individuos a una sociedad implica una moralidad compartida. Así, dirá Devlin: "If society has a right to make a judgement and has it on the basis that a recognized morality is as necessary to society as, say, a recognized government, then society may use the law to preserve morality in the same way as it uses it to safeguard anything else that is essential to its existence" (3). La sociedad, pues, tendrá un derecho "prima facie" a legislar contra la inmoralidad, derecho sobre el que no cabe limitación alguna.

---

(1) "The Enforcement...", p. 8 y 9. Por su parte, el profesor Dworkin, al referirse a la obra de Devlin, dice: "There are two chief arguments. The first is set out in structured form in the Maccabaen Lecture. It argues from society's right to protect its own existence. The second, a quite different and much more important argument, develops in disjointed form various essays. It argues from the majority's right to follow, its own moral convictions in defending its social environment from change it opposes". Taking Rights Seriously, ed. Duckworth, Londres, 2ª ed. 1978 (1ª ed. 1977).

(2) Para. 76.

(3) "The Enforcement...", p. 11. Sobre esta tesis, vid. B. Mitchell, "Law Morality and Religion in a Secular Society". O.U.P. 1967, pgs. 18-35. La tesis de Mitchell coincide en parte con Devlin, ya que para aquél el Derecho puede ser usado para proteger a una institución como la monogamia en base a razones morales, independientemente de los posibles perjuicios sociales que pudiera ocasionar el abandono de tal institución.

La coacción jurídica contra la inmoralidad será esencial para la propia existencia de la sociedad. Concluye Devlin esta argumentación comparando la supresión de la inmoralidad con la supresión de las actividades subversivas: - "The suppression of vice is as much the law's business as the suppression of subversive activities; it is no more possible to define a sphere of private morality than it is to define one of private subversive activity" (1).

Ahora bien, el problema consiste en determinar qué clase de actividad inmoral debería ser prohibida por el Derecho. Devlin se basa en el ambiguo - criterio del "hombre razonable" ("the man on the Clapham omnibus", "the man in the jury box"). Por tanto, la inmoralidad de una acción se basa en la calificación de inmoralidad que le da "todo hombre razonable": "Immortality..., for the purpose of the law, is what every right-minded person is presumed to consider to be immoral" (2).

La tercera cuestión que plantea Devlin acerca de los criterios diferenciadores de una moral pública, protegida jurídicamente, y de una moral privada, ausente de coacción jurídica, es contestada en función de lo que, a mi juicio, representa una ficción del lenguaje político: el pretendido equilibrio entre los intereses sociales e individuales, basado en cuatro principios generales:

- 
- (1) "The Enforcement...", p.14. Esta comparación "victoriana" es consecuencia lógica de su identificación entre sociedad y moral.
- (2) "The Enforcement...", p.15 Este razonamiento cae en la tautología de definir la inmoralidad en función del criterio del "hombre razonable", siendo definido este observador imparcial en función de su capacidad de delimitar y calificar como inmorales determinadas acciones. La circularidad lógica de este argumento ha sido destacada por Lady Wootton, cit. por Burton M. Leiser "Liberty, Justice and Morals: Contemporary Value Conflicts", The MacMillan Company, New York, 1973, cap. "Lord Devlin and the Enforcement of Morals", p.17. También vid. B. Mitchell, op.cit., pgs. 36-51. Por otro lado, se puede decir que el concepto de moralidad para Devlin no es ni un concepto medieval (mandatos divinos) ni moderno (concepción racional), sino un "matter of feeling" del 'hombre razonable', los 'sentimientos' que pueden justificar el uso del Derecho Penal serían una combinación de intolerancia, indignación y disgusto. Vid. Hart "Immortality and Treason", The Listener, 30 de julio de 1959, p.162-163. Por su parte, Devlin trata de matizar su "tesis" del hombre razonable en "The Enforcement...", op.cit., p.90. Vid también, L. Henkin, "Morals and the Constitution: the Sin of Obscenity", Columbia Law Review, 1963, vol.63, p.393 y ss; G. Hughes, "Morals and the Criminal Law", New Individualist Review, 1962, vol.2, p.29 y ss; Thomas Gilby, "The Crimination of Sin", Blackfriars, 1960 vol.41, p.53 y ss; M. Ginsberg, "Law and Morals", The British Journal of Criminology, Enero 1964, p.283 y ss; A.W. Mewett, "Morality and the Criminal Law", Univ. of Toronto Law Journal, 1962, vol 14 p.213 y ss; E.G. Moore, "A Moral Approach to Law", Crucible, Enero 1964, p.29 y ss; E. Rostow, "The Enforcement of Morals", Cambridge Law Journal, Nov. 1960, p. 174 y ss.

1) Debe haber tolerancia para el ejercicio de la libertad individual que sea consistente con la integridad de la sociedad. Así, dirá Devlin: "Nothing should be punished by the law that does not lie beyond the limits of - tolerance" (1). Los límites de la tolerancia se encuentran, pues, en el punto límite de una amenaza a la sociedad que quiebre su fundamento y sistema.

2) Los límites de la tolerancia cambian. En una declaración pletórica de conservadurismo moral, Devlin dice: "I suppose that moral standars do not shift; so far as they come from divine revelation they do not, and I am will to asume that the moral judgements made by society always reamin good for that society. But the extant to which society will tolerate- I mean tolerate, not approve departures from moral standas varies from generation to generation". (2).

3) La intimidad debe ser respetada tan ampliamente como sea posible. Ahora bien, esta consideración no implica para Devlin la impunidad de la moral privada por el Derecho, sino tan solo la pretensión de que la intimidad (privacy) tiene un paso independiente del interés público (3).

4) El Derecho tan solo abarca una mínima parte del comportamiento humano. "No man is worth much who regulates his conduct with the sole object of escaping punishment, and every worthy society sets for its members standars which are above those of the law" (4).

---

(1) "The Enforcement...", p. 17.

(2) "The Enforcement...", p.18.

(3) El concepto de "moralidad privada" es usado con diferentes sentidos en - esta polémica:

a) Devlin asemeja la moralidad privada a la moral de los actos realizados en privado.

b) Para el "Wolfenden Report", el concepto que se discute engloba la moralidad de los actos que no tienen la intención de dañar a otros.

c) Hart entiende la moralidad privada como la moral de los actos cuya ejecución, es, propiamente, objeto de juicio privado. En definitiva, el concepto de Hart se podría asemejar, en sus consecuencias, al concepto del Informe.

(4) "The Enforcement...", p.19. La respuesta a la tercera cuestión planteada por Devlin se basa en una consideración ponderada de estos cuatro principios que no actúan como reglas taxativas, sino como guías de interpretación. Ahora bien, mientras que el W.R.basa sus argumentaciones en base al principio de que el Derecho Penal exista para proteger a los individuos, Devlin se basa en el principio opuesto: el Derecho Penal existe tan sólo para proteger a la sociedad, considerada como un todo orgánico.

B.3.2.6.3. Crítica de Hart: el derecho de la sociedad a la protección de su propia existencia.

La respuesta crítica del profesor Hart a las tesis de Devlin tuvo lugar con motivo de sus tres conferencias en la Universidad de Stanford en el año 1962, publicadas posteriormente con el título "Law, Liberty and Morality", (1). Este libro contiene también una crítica a las tesis de J.F. Stephen, jurista victoriano del S.XIX (2).

Hart parte de la tesis clásica del liberalismo de Mill, para quien "...el único fin por el cual es justificable que la humanidad individual o colectivamente, se entremete en la libertad de acción de uno cualquiera de sus miembros, es la propia protección. Que la única finalidad por la cual el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de una comunidad civilizada contra su voluntad, es evitar que perjudique a los demás. Su propio bien, físico o moral, no es justificación suficiente. Nadie puede ser obligado justificadamente a realizar o no realizar determinados actos, porque eso fuera mejor para él, porque le haría feliz, porque, en opinión de los demás, hacerlo sería mas acertado o más justo. Estas son buenas razones para discutir, razonar y persuadirle, pero no para obligarle a causarle algún perjuicio si obra de manera diferente. Para justificar esto será preciso pensar que la conducta de la que se trata de disuadirle producía un perjuicio a algún otro. La única parte de la conducta de cada uno por la que él es responsable ante la sociedad es la que se refiere a los demás. En la parte que le concierne meramente así, su independencia es, de derecho, absoluta. Sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo y espíritu, el individuo es soberano" (3).

---

(1) O.U.P. 1ª ed. de 1963; la edición que he consultado es una reimpresión de 1978. Sobre la discusión entre Hart y Devlin, vid. M.A. Cattaneo, "Diritto e società in H.L.A. Hart", cit., pgs. 75-84.

(2) Su libro más importante es "Liberty, Equality, Fraternity" ya citado. El prefacio de la segunda edición -1874- es una respuesta a la defensa de Mill escrita por Morley en "Mr. Mill's Doctrine of Liberty", Fortnightly Review, August, I., 1873.

(3) He utilizado la versión castellana de Alianza ed., "Sobre la libertad", p.65, 1970. La ambigüedad del concepto de "perjuicio" o "daño" en la obra de Mill ha sido señalada por E. Nagel, "The Enforcement of Morals", P. Kurtz ed., "Moral Problems in Contemporary Society", Englewood Cliffs, N.J., Prentice-Hall, Inc., 1969, p.143 y ss. La misma opinión ha sido señalada por H. Packer, "The Limits of the Criminal Sanction", Standard Univ. Press. 1968, p.267., aunque también acentúa la utilidad de este concepto para asegurar

Ahora bien, si es evidente que Hart parte de la tesis de Mill en el análisis teórico de la moral sexual, su criterio de delimitación de la coacción jurídica sobre la moral es más amplio, y no se limita a la mera prevención del posible daño causado a otros.

Hart formula la siguiente pregunta: ¿Is the fact that certain conduct is by common standards immoral sufficient to justify making that conduct punishable by law? Is it morally permissible to enforce morality as such?. Ought immorality as such to be a crime? (1). Esta cuestión —según indica Hart— plantea dos tipos de problemas metodológicos: a) se trata de una cuestión moral y b) se trata de una cuestión que concierne a la justificación teórica de la coacción jurídica de la moral.

Cuando Devlin responde afirmativamente a la pregunta genérica sobre la posibilidad de la coacción jurídica de la moral, se basa en el siguiente principio general: toda sociedad debe obtener los recursos necesarios para defender su existencia como sociedad organizada. (precisamente —arguye Devlin— la inmoralidad privada sexual es uno de los factores que pueden poner en peligro la organización social y su propia existencia, "like treason") (2).

---

cont.—el que "a given form of conduct is not being subject to the criminal sanction purely or even primarily because it is thought to be immoral".; y añade el profesor Packer: "It forces an inquiry into precisely what bad effects are feared if the conduct in question is not suppressed by the criminal law". Vid. También L.Henkin, "Morals and the Constitution: the Sin of Obscenity", Columbia Law Review, 63, 1963, p.391-414, para quien la legislación moral es una reliquia de la herencia religiosa.

(1) "Law...", op.cit.p.4. Anteriormente a esta pregunta, cuya respuesta es —el objeto propio de las conferencias, Hart plantea otras tres cuestiones que afectan a las relaciones entre el Derecho y la Moral: a) en primer lugar, la influencia recíproca que, históricamente, han tenido el Derecho y la Moral como sistemas normativos e ideológicos; b) en segundo lugar, Hart plantea una cuestión analítica: ¿debe una definición adecuada del Ordenamiento Jurídico integrar una referencia a la moralidad? o, se trata simplemente de una coincidencia contingente del hecho de que el Derecho y la Moral tengan, a veces, unas mismas prescripciones y un mismo vocabulario; c) en tercer lugar Hart plantea la posibilidad y las formas de una crítica moral al Derecho: la separación conceptual entre el Derecho y la Moral no implica que el Ordenamiento Jurídico no pueda ser criticado desde presupuestos morales.

(2) Esta analogía entre inmoralidad y traición —o actividad subversiva— es analizada y rechazada como absurdo por Hart en "Immorality and Treason", The Listener, 30 de julio de 1959, pp. 162-163, reimpresso en R.M.Dworkin "The



Antes de analizar los argumentos esgrimidos por Devlin, Hart retoma -- una clásica distinción del utilitarismo decimonónico entre los conceptos de "moralidad positiva" (moral aceptada y compartida por la mayoría de un determinado grupo social) y "moralidad crítica" (principios generales de la moral utilizados para criticar las instituciones sociales y la propia moral positiva) (1). Por tanto, el problema de la justificación teórica de la coacción jurídica de la moral quedaría enmarcado como un problema de "moralidad crítica" acerca de la coacción jurídica de la moral positiva.

Decir que la coacción jurídica de la moral requiere cierto tipo de justificación, implica lógicamente la posibilidad de una objeción "prima facie". La coacción jurídica --señala Hart-- implica una doble coacción: o bien una privación de libertad o la producción de un daño sobre aquellos que han cometido cierto tipo de delitos, o, sobre los ciudadanos que no han delinquido, una coacción que se expresa en la amenaza de un castigo jurídico. Así, la justificación de la coacción jurídico es exigida por el "valor en si" de la libertad ("which it is 'prima facie' wrong to interfere"), o por simples razones utilitaristas, especialmente en el ámbito de la moral sexual (2).

Antes de resumir la crítica fundamental que Hart realiza de las tesis de Devlin y Stephen, en el capítulo titulado "The Use and Abuse of Examples" de su libro ya citado (3). Hart trata de modificar el planteamiento inicial de Mill. En este capítulo critica la tesis de Lord Devlin de que el Derecho

---

Cont.-Philosophy of Law", O.U.P., 1977 pp.83-87; esta tesis fué posteriormente desarrollada en "Law...", op.cit., La identidad entre "moral y "existencia social" también es rechazada por Hart, planteando en este punto una aguda sugerencia: imaginemos que existe una sociedad encaminada a crueles persecuciones raciales y religiosas; en este caso --dirá Hart-- su posible desintegración será moralmente más saludable que la protección de su existencia. "Law...", p.19. En este mismo sentido, vid. Hart "The Use and Abuse of the Criminal Law", Oxford Lawyer 4, nº 1, 1961, p.12.

(1) "Law...", pág.20.

(2) "Law...", op.cit., p.21 y 22. Sobre los problemas teóricos de la justificación moral del castigo es muy interesante, sobre todo por su carácter descriptivo y sistemático, el ensayo de E.A.Rabossi, "La justificación moral del castigo", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1976. Una de las tesis que hay que tener en cuenta es que el tema de la justificación del castigo hay que enmarcarlo dentro del tema más general de la justificación moral de las acciones.

(3) "Law...", pág. 25-52.

Penal en Inglaterra, tal y como está constituido, contiene ciertas características que sólo pueden justificarse como normas coactivas de la moral; en estos casos -drá Devlin- la función del Derecho Penal simplemente exigirá el cumplimiento de principios morales y "nothing else". Si bien Hart puede aceptar esta tesis para ciertos casos (como por ejemplo, la legislación contra el comportamiento homosexual entre vanores, sodomía, bestialismo, incesto, proxenetismo, y, desde el caso "Shaw v. Director of Public Prosecutions", el delito de conspiración para la corrupción de la moral pública (1)), existen otros casos que son incorrectamente calificados como ejemplos de la coacción jurídica de la moral: por ejemplo, las normas contra el aborto, o contra aquellas formas de bigamia o poligamia que no impliquen engaño (2). Mientras que los primeros casos no deben ser incluidos como parte del Derecho Penal, los segundos, en opinión de Hart, pueden ser enmarcados dentro de una aceptación genérica de paternalismo jurídicamente protegido ampliando de esta forma la función limitativa del Derecho que Mill preconiza sólo para los casos que impliquen consecuencias dañosas a otros. Así, mientras que para Devlin el consentimiento de la víctima, en el ámbito del Derecho Penal, nunca puede ser considerado como una defensa ya que existen ciertos standards de comportamiento o principios morales de los que la sociedad exige su observancia (por ejemplo, la "santidad" de la vida humana, la integridad física de la persona...), para Hart, esto puede ser explicado mejor de la siguiente forma: las reglas que excluyen el consentimiento de la víctima como defensa de ciertas acusaciones pueden ser explicadas como ejemplos de paternalismo, dirigidas a proteger a los individuos en contra de su voluntad (3).

- 
- (1) Este caso es analizado por Hart (p.7 y ss). El caso data del año 1961: - consistía en la publicación en una revista denominada "Ladies Directory" de los nombres y direcciones de prostitutas que ofrecían sus servicios. Shaw, el director de la revista, fué acusado de tres delitos: 1. Publicación de artículos obscenos. 2. Proxenetismo (ganancias por los anuncios). 3. Conspiración para corromper la moral pública por medio de la revista.
- (2) Sobre este tema, G.Hughes "Morals and the Criminal Law", Yale Law Journal, 1961, vol 71 (1), p.662 y ss. y D.Rostow, "The Enforcement of Morals", - Cambridge Law Journal, Nov. 1960 (reimpreso en "The Sovereign Prerogative", Yale Univ.Press, 1962).
- (3) Está claro que existe una excepción: cuando el propio consentimiento de la víctima altera la naturaleza jurídica del delito (por ej., la violación), Mill ya distinguía, al hablar de la coacción sobre la libertad in

Pero vayamos a la crítica central. Hart diferencia dos tipos de tesis que conciernen a la coacción jurídica de la moral:

a) en primer lugar, una tesis moderada, representada en principio por Lord Devlin, tesis que se puede formular de la siguiente forma: una moral compartida es la base de la sociedad; sin ella, podría existir un agregado de individuos, pero no una sociedad: "A 'recognized morality' is as necessary to society's existence as a recognize government" (1). La sociedad puede usar el Derecho para preservar su moral, ya que, al hacerlo, preserva su existencia. Así dirá Devlin: "The suppression of vice is as much the law's business as the suppression of subversive activities" (2).

---

cont.-dividual cuando no existe daño a otras personas, diferentes "justificaciones" de este tipo de interferencia sobre la vida de los individuos: no es lo mismo decir que la coacción se lleva a cabo "porque será mejor para él" o porque "le hará más feliz", que por ejemplo, "porque en opinión de otros, sería correcto". Vid. Mill, op.cit., cap. I. Ahora bien, Hart va todavía mucho más lejos de la tesis de Mill al defender que cierta moral compartida es esencial para la sociedad, lo que él llama "valores universales". Esta tesis, si bien no tiene el alcance que Devlin le da, será analizada posteriormente al estudiar el "contenido mínimo de Derecho Natural". Independientemente de la defensa de "ciertos valores universales", Hart argumenta a favor de lo que él llama, el paternalismo jurídico: su defensa consiste en decir que no siempre es verdad que los individuos son los mejores jueces para la defensa de sus propios intereses. Sobre esta base paternalista Hart defiende la prohibición jurídica de la venta de narcóticos, sin basarse en la pretendida "inmoralidad" del consumo de drogas. De la misma forma, dirá Hart, que las normas "excluding the victim's consent as a defence to charges of murder and assault may perfectly well be explained as a piece of paternalism, designed to protect individuals against themselves" (p.31). Ahora bien -y es aquí donde se puede acentuar una crítica a las tesis de Hart- no está clara la diferenciación conceptual entre paternalismo y protección de la moral: creo que bajo la tesis del "paternalismo jurídico" subyace una concepción moral sobre la "normalidad" de las actuaciones individuales, es decir, la defensa de un "paradigma" de normalidad que tiene claras connotaciones morales. En este sentido, vid. Martin P. Golding, "Philosophy of Law", Prentice-Hall, Inc., New Jersey, 1975, p.60 y 61; E. Nagel, "The Enforcement of Morals", P. - Kurtz ed., en "Moral Problems in Contemporary Society" (Englewood Cliffs, N.Jersey, Prentice-Hall), Inc., 1969, p. 155; L. Gianformaggio, "Morale - critica e riforma della morale", Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, 1967, p. 779 y ss., para quien el propio concepto de "daño" (Mill) es un concepto valorativo y no descriptivo, susceptible de la misma crítica.

(1) "The Enforcement...", p. 13.

(2) "The Enforcement...", p. 15.

b) La segunda tesis es calificada por Hart como tesis extrema. Esta tesis, defendida por Stephen, mantiene que la coacción de la moral es un valor en sí misma, incluso si los actos inmorales no debilitan -directa o indirectamente- la base moral de la sociedad. La coacción de la moral no tiene un valor utilitario sino que es un valor en sí misma, independientemente de sus consecuencias. Tanto esta tesis como la anterior hacen referencia a un principio general: el Derecho Penal puede ser usado justificadamente para hacer coactivamente la moral

Para diferenciar ambas tesis Hart propone dos tipos de cuestiones: - ¿Daña la acción inmoral a alguien, independientemente de su repercusión en la moral socialmente compartida? ¿Afecta la acción inmoral a la moral compartida, y, por tanto, debilita la sociedad? Mientras que la tesis moderada requiere, al menos, una respuesta afirmativa a la segunda pregunta, la tesis extrema no requiere ninguna respuesta afirmativa.

En principio, Lord Devlin representa la tesis moderada, aunque, para Hart, el enunciado de que la inmoralidad debilita la sociedad no tiene el carácter de un enunciado empírico, sino más bien el de una verdad "a priori" o una verdad necesaria (1). Si bien Hart está de acuerdo en la tesis de que algún tipo de moral compartida es esencial para la existencia de cualquier sociedad, lo que le parece inaceptable es la proposición que identifica moral y sociedad y su consecuencia lógica: un cambio en la moralidad implica la destrucción de la sociedad. Esta tesis no establece ninguna diferenciación entre los delitos que dañan a otros (asesinato, robo) y aquellos que provienen de una conducta inmoral, prohibida por el Derecho, entre adultos, con consentimientos y en privado. Como la moral social es necesaria para la existencia de la sociedad -argumentarán los defensores de esta tesis- cualquier acto inmoral es dañoso porque amenaza los principios morales en los que la sociedad se asienta.

La "tesis clásica" (2) de las relaciones entre la Sociedad y la Moral

---

(1) Dice Hart: "...there is again no evidence to support, and much to refute, the theory that those who deviate from conventional sexual morality are in other ways hostile to society". "Law..." p.51. Vid. también "The Use and Abuse of the Criminal Law", op.cit., p.11 y 12.

(2) Así es denominada por Hart en "Social Solidarity and the Enforcement of Morality", 35 University of Chicago Law Review 1-13 (1967-68), pág. 1.

(Platón y Aristoteles) considera como uno de los fines fundamentales del Derecho la promoción de las virtudes morales; el concepto de moralidad consiste en un conjunto de principios revelados o descubribles por la razón humana. En oposición a esta doctrina la "tesis de la desintegración" sostiene que la sociedad no es el instrumento de la vida moral: las variables (sociedad y moral) se invierten, considerando a la moral como la base o cimiento de la sociedad; así, la coacción de la moral será necesaria para el mantenimiento de la sociedad y para prevenir su posible "desintegración" (1). Como ya hemos indicado, Hart sostiene que esta formulación -defendida por Devlin- constituye una supuesta generalización empírica altamente ambigua acerca de las condiciones necesarias para la existencia o continuidad de una sociedad. Si una sociedad es defendida por Devlin como una "comunidad de ideas" (2), comunidad

---

(1) La "tesis de la desintegración" degenera frecuentemente en una tesis "conservadora": "This is the claim that society has a right to enforce its morality by law because the majority has the right to follow their own moral convictions that their moral environment is a thing of value to be defended from change", Hart, op.cit., p.2. Esta caracterización de la tesis conservadora ha sido tomada de Dworkin, "Lord Devlin and the Enforcement of Morals", 75 Yale Law Journal 986 (1966), (ahora en "Taking Rights Seriously", op.cit., págs. 240-258). Mientras que Dworkin critica la obra de Devlin como expresión de la tesis conservadora, Hart examina qué clase de evidencia sería necesaria para mantener la "tesis de la desintegración". Para Dworkin, las dos tesis fundamentales expuestas por Devlin son las dos siguientes: 1.- en primer lugar, el derecho de la sociedad a proteger su propia existencia. 2.- en segundo lugar, el derecho de la mayoría a seguir sus propias convicciones morales al defender su entorno social de un posible cambio. Estas dos tesis también han sido destacadas por R. E. Sartorius. "The Enforcement of Morality", The Yale Law Journal, vol. 81, nº 5, Abril, 1972, p. 892, donde dice: "(1) a shared morality is a necessary to a given society's continued existence as is a stable government; so society thus has just as much of a right to penalize deviations from its common morality as it does to prohibit treason -in either instance it is simply asserting its right to prevent its own social desintegration. (2) The bare fact that a great majority of the members of any given community believe that a certain kind of act is immoral, is in itself a reason for a member of that majority to view its legal prohibition as prima facie right (or obligatory)".

(2) Hart asemeja esta concepción de Devlin a la teoría social de Durkheim. Vid. "Social...", op.cit., p.5 y 6. Sin embargo, mientras que para Devlin el castigo protege la moralidad existente reprimiendo o disminuyendo el número de acciones inmorales que amenazan o debilitan la moral común, para Durkheim, el castigo sostiene la moral común, no al reprimir la conducta inmoral, sino principalmente al dar satisfacción al "sentimiento" de violencia que cohesiona la moralidad. Creo que la justificación de la coacción de la moral social mantenida por Devlin es demasiado ambigua, ambigüedad de la que no escapa Hart al formular su "contenido mínimo de Derecho Natural". Hart formula este "contenido mínimo" como característica 'universal' de todas las sociedades; Devlin, en cambio, se refiere a la protección de la moral social de determinadas sociedades particulares.

que representa una moral compartida, está claro que la defensa de su tesis se basa en una verdad por definición, lógicamente deducible, sin ningún rasgo - de evidencia empírica. Ahora bien, la proposición de que la protección de la moral social es necesaria para la existencia de la sociedad (Devlin), si bien puede ser criticada desde el punto de vista empírico, también puede ser rechazada desde un punto de vista lógico: como se trata de una "verdad necesaria", la proposición que identifica la existencia de la sociedad con la protección de su moral no puede implicar lógicamente la proposición que justifica la coacción de la moral en función de las consecuencias valorables de asegurar la existencia de la sociedad.

Así, para Hart, la tesis de Devlin acerca del derecho de la sociedad a proteger su propia existencia, descansa en una concepción confusa de lo que es la sociedad. Devlin, por su parte, al fundamentar el rechazo de las actividades inmorales en base a que estas actividades pueden destruir la existencia de la sociedad, está presuponiendo una conexión causal entre actividad inmoral y destrucción de la sociedad, presuposición que no logra demostrar; además, esta presuposición implica una concepción estática de la sociedad, motivada más por principios ideológicos que por un estudio objetivo de los conflictos sociales y morales.

Supongamos que admitimos como cierta la tesis extrema. ¿Se puede justificar -se pregunta Hart- la pretensión de que la prevención de un cambio en la moral (permisividad de ciertas acciones consideradas por la "mayoría de la población" como inmorales), o el mantenimiento del "statu quo" moral de una sociedad con valores suficientes que justifican y cubre el costo humano producido por la coacción jurídica? (1).

Evidentemente, ante preguntas de este tipo, tenemos que establecer claramente una diferenciación: una cosa es la posibilidad de proteger la moral-social mediante la argumentación, el consejo y la exhortación, y otra bien distinta es utilizar el aparato coactivo del Estado para hacer cumplir el código

---

(1) Vid., H.L.A.Hart, "The use and abuse of the Criminal Law", Oxford Lawyer 4, nº 1, 1961, donde Hart señala la importancia de la limitación del uso del Derecho Penal debido a un principio simple, pero no por ello poco importante: "the use of the criminal law that it will create great and widespread misery". (p.9), principio, por otro lado, sobre el que no se hace ninguna mención en el ensayo de Lord Devlin.

de esa moral. Decía Mill que el peligro de la democracia consistía no en la posibilidad de que la mayoría pudiera oprimir a la minoría, sino en que esta proposición se convirtiera en inobjetable. Para Hart el fallo central de esta discusión consiste en que no se distingue el principio aceptable de que el poder político debe ser confiado a la mayoría de la pretensión inaceptable de que el poder político no puede ser criticado ni resistido. Así dice Hart: "No one can be a democrat who does not accept the first of these, but no democrat need accept the second" (1).

La justificación de la coacción de la moral necesita el apoyo de algún principio general crítico. Para Devlin, este principio crítico lo constituye la tesis de que la sociedad tiene el derecho de tomar las medidas necesarias para su supervivencia; al ser la moral uno de los factores que condicionan la existencia de la sociedad, el poder podrá usar el aparato coactivo del Estado a fin de asegurar su cumplimiento. Para Hart, esta argumentación es inadecuada: no hay evidencia de que la supervivencia de una sociedad exija el cumplimiento de su moral; el principio crítico general no consistirá en la necesidad de supervivencia de la sociedad, sino en la restricción de la libertad que la coacción jurídica implica. Es decir, la coacción jurídica de la moral debe estar justificada ya que la restricción de la libertad es un mal. La exigencia de justificación radica en la propia valoración de la libertad individual, y no en una pretendida "condición necesaria" para la existencia de la sociedad.

#### B.3.2.7. Contenido Mínimo del Derecho Natural.

##### B.3.2.7.1. Derecho Natural y Positivismo Jurídico.

De la proposición verdadera de que el desarrollo del Derecho ha estado de hecho profundamente influido por la moral convencional y los ideales de grupos sociales particulares no se puede fundamentar la proposición de que un

---

(1) Hart, op.cit., pág. 79. "variante moral" consistirá en decir que la moralidad positiva apoyada por la mayoría es inmune a la crítica.

sistema jurídico tiene que mostrar alguna concordancia específica con la moral o con la justicia, o tiene que apoyarse en una convicción ampliamente difundida de que hay una obligación moral de obedecerlo (1), ni tampoco se sigue que los criterios de validez de normas particulares usados en un Ordenamiento Jurídico tengan que incluir alguna referencia a la moral o a la justicia. De la constatación empírica de la influencia social de la Moral sobre el Derecho, no se sigue la conexión conceptual entre ambos conceptos.

La doctrina racionalista del Derecho Natural ha rechazado las tesis - del Positivismo Jurídico (entendiendo por éste la afirmación de que en ningún sentido es necesariamente verdad que las normas jurídicas reproducen o satisfacen ciertas exigencias de la moral, aunque de hecho suele ocurrir así) al sostener la existencia de ciertos principios de la conducta humana susceptibles de ser descubiertos por la razón de los hombres, con los que el Derecho elaborado por éstos debe concordar para ser válido. En el fondo de esta tesis, como señaló J.S. Mill, se confunde entre las leyes que se formulan en el curso de las regularidades de la naturaleza (leyes descriptivas) y las leyes que exigen que los hombres se comporten de ciertas maneras (leyes prescriptivas), debido muchas veces a la creencia de que las regularidades observadas de la naturaleza estaban prescritas o decretadas por un Divino Legislador del Universo (2).

Dice Hart: "...la continua reafirmación de alguna forma de la doctrina del Derecho Natural se debe en parte al hecho de que su atractivo es independiente de la autoridad divina y de la autoridad humana, y al hecho de que a pesar de una terminología, y de mucha metafísica, que pocos podrían ahora - aceptar, contiene ciertas verdades elementales que son importantes para la comprensión de la moral y del derecho. Trataremos de liberarlas de sus adherencias metafísicas y de reformularlas en términos más simples" (3). Es por ello por lo que Passerin D'Entrèves al referirse a la doctrina del "Contenido

---

(1) "C.D.", cit., pág. 229.

(2) C.D., cit., pág. 232.

(3) C.D., cit., pág. 233.



Mínimo de Derecho Natural" de Hart -como veremos posteriormente- haya hablado de "un noyau de bon sens" (1).

La tesis de Hart trata de recuperar la tesis de Hobbes y Hume acerca de ciertas características empíricas de la naturaleza humana como presupuesto inevitable de toda forma de convivencia social (2). Para Hart, hechos naturales como la vulnerabilidad humana o el deseo de supervivencia -como luego analizaré- hacen posible que un mínimo de reglas con respecto a las personas, la propiedad y las promesas se constituyan como características necesarias de toda vida social. Los sistemas jurídicos deben incluir este mínimo de reglas, porque es improbable que tales sistemas puedan llegar a sobrevivir de otra manera. Pero analicemos más detenidamente esta propuesta.

#### B.3.2.7.2. Contenido mínimo del Derecho Natural.

Prescindiendo del primer artículo en el que Hart discutió estos temas (3), me centraré sobre todo en el cap. IX de "El concepto de Derecho", en el

- 
- (1) A. Passerin D'Entrèves. "'Un noyau de bon sens' (à propos de la théorie - du droit naturel chez H. Hart)", *Revue Internationale de Philosophie*, 1963, p. 312-334. Sobre la doctrina del Derecho Natural en Hart, puede verse: Mario A. Cattaneo, "Il diritto naturale nel pensiero di H.L.A. Hart", *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1966, p. 673-694; N. Abbagnano, - "Sul concetto di diritto", *Rivista di Filosofia*, 1962, p. 63-68; Noonan, "The Concept of Law", *Natural Law Forum* 1962, p. 169-177; Singer, "Hart's Concept of Law", *Journal of Philosophy*, abril, 1963, p. 217-219; Fuller, "The Morality of Law", N. Haven and London, Yale Univ. Press, 1964, p. 155 y 184-186, 2ª ed. de 1969, revisado y ampliada: hay trad. cast. de la 1ª ed. en ed. Trillas, México, 1967, con el título "La Moral del Derecho"; J. Shatin, "The Notion of a Minimum Content of Natural Law", *ARSP*, vol. - 1974, LX/4, pgs. 547-553, donde el autor revitaliza la doctrina del "Derecho natural de contenido variable", haciendo referencias a G. Jellinek, y V. von Cathrein. Vid. también E. Díaz, "Sociología y Filosofía del Derecho", Taurus, Madrid, 1971, págs. 371-376.
  - (2) La versión empírica de Hart acerca del contenido mínimo de Derecho Natural está basada en Hobbes, "Leviathan", caps. 14 y 15, y en Hume, "Treatise of Human Nature" Libro III, parte 2; especialmente, apartados 2 y 4-7.
  - (3) Me estoy refiriendo a "Are there any natural rights?", 1955, 'Philosophical Review', vol. 64, n.º 2, pgs. 175-191. Hay trad. cast. de G. A. Carrión con el título ¿Hay derechos naturales?, en "Derecho y Moral...", op. cit., pgs. 65-91, artículo en el que se intenta justificar el principio de que todos los hombres tienen igual derecho a ser libres. Una revisión crítica de las tesis de este artículo pueden verse en E. Mack, "Hart on natural and contractual rights", *Philosophical Studies* (1976), p. 283-287, y H. Steiner, "Mack on Hart on natural rights: a comment", *Philosophical Studies* (1977), págs. 321-322.

cual está contenido y desarrollada la teoría que será objeto de discusión.

La tradición jurídica del utilitarismo (Hobbes, Bentham, Austin) con su propuesta de separación entre el "es" y "debe" en el Derecho, ha sido uno de los rasgos del positivismo jurídico anglosajón asimilado por Hart, influencia sobre la que no creo necesario volver a insistir. Por ello, es sin duda la doctrina del "contenido mínimo de Derecho Natural" la teoría que mayor -perplejidad puede depararnos en el conjunto de la obra de Hart; éste ha afirmado que en la doctrina del derecho natural existe un núcleo de racionalidad de buen sentido, de significado claro y aceptable: el presupuesto tácito de que el fin propio de la actividad humana es la supervivencia (1). Este presupuesto se justifica por el simple hecho contingente de que la mayor parte de los hombres, durante la mayor parte del tiempo, desean continuar viviendo. - Las acciones que llamamos naturalmente buenas son -dice Hart- las exigidas para seguir viviendo. Sobre esta base, Hart intenta construir una versión limitada y empírica de la teoría iusnaturalista, siguiendo la tradición iniciada por Hobbes y Hume (2). Lo que subraya Hart es que el hecho de que los hombres en general desean vivir es un mero hecho contingente que podría ser de otra manera, y que todo cuanto se quiere poder decir al calificar a la supervivencia de meta o fin humano es que los hombres efectivamente la desean, constatación que se refleja en las estructuras del pensamiento y del lenguaje humano (3).

La supervivencia es, pues, el presupuesto necesario e implícito de cualquier discusión sobre las instituciones sociales, en tanto en cuanto estas instituciones no sean simples clubs de suicidas (4). La reflexión sobre algunas

---

(1) C.D., cit., págs. 236

(2) "La naturaleza humana no puede en modo alguno subsistir sin la asociación de individuos; y esa asociación nunca podría tener lugar si no se respetaran las leyes de la equidad y de la justicia", Hume, "Treatise of Human Nature, III, 'De la justicia e injusticia', cit. por Hart, en pg. 237.

(3) Así, la idea de supervivencia es necesaria para comprender conceptos tales como "peligro", "Seguridad", "Daño", "beneficio", "necesidad", etc., "por referencia a la contribución que ellas hacen a la supervivencia, que es aceptada como objetivo", C.D., cit., pág. 238.

(4) La expresión es de Hart, C.D., cit., pág. 238. Una crítica del concepto de "supervivencia" puede v. en Noonan, cit., pág. 175.

generalizaciones muy obvias referentes a la naturaleza humana y al mundo en el que los hombres viven, muestra que -dice Hart- en la medida en que ellas sigan siendo verdaderas, hay ciertas reglas de conducta que toda organización social tienen que contener para ser viable. Tales reglas constituyen de hecho un elemento común al derecho y a la moral convencional (en el sentido de la "moral positiva" de Austin); tales principios de conducta universalmente reconocidos son considerados por Hart como el "contenido mínimo del Derecho Natural" (1), en contraste con las construcciones más pretenciosas y controvertidas que a menudo han sido enunciadas bajo ese nombre.

Antes de analizar ese "mínimo" contenido del Derecho y la Moralidad, conviene subrayar una puntualización importante. El tipo de conexión existente entre las "simples verdades obvias" y el Derecho y la Moral no es, ni una conexión causal, ni una conexión lógica. Se trata -dice Hart (2)- de una conexión racional: los hechos suministran una razón para que, dada la supervivencia como objetivo, el Derecho y la Moral deban un contenido específico. El status de este tipo de conexión distintamente racional sería un punto intermedio entre la causa natural (plano empírico) y el plano lógico (presencia - de un cierto contenido en el concepto del Derecho y la Moral).

Las "verdades obvias" que determinan el contenido mínimo del Derecho y la Moral son, brevemente, las siguientes (3):

- 1) los seres humanos son vulnerables: por tanto, es necesaria la prohibición de la violencia.

---

(1) C.D., cit., pág. 239.

(2) C.D., cit., pág. 239. Más adelante dice Hart: "...es una verdad de alguna importancia que para la descripción adecuado no sólo del derecho sino de muchas otras instituciones sociales, es menester reservar un lugar para una tercera categoría de enunciados (además de las definiciones y de los enunciados ordinarios de hecho): aquellos cuya verdad depende de que los seres humanos y el mundo en que viven conserven las características salientes que hoy tienen" (pág.247).

(3) C.D., cit., pág. 240 y ss.

- 2) Aunque los seres humanos son distintos, existe una igualdad aproximada que hace evidente la necesidad de un sistema de abstenciones y concesiones mutuas que estén en la base de la obligación jurídica y moral.
- 3) Los hombres no son ángeles ni demonios: poseen un altruismo limitado que hace necesario un sistema que prescriba abstenciones para evitar las tendencias a la agresión.
- 4) Al ser los recursos limitados, es indispensable alguna forma mínima de la institución de la propiedad (aunque no necesariamente la propiedad individual) y el tipo distintivo de reglas que exigen que se la respete.
- 5) La comprensión, la inteligencia y la fuerza de voluntad humanas son limitadas; la sumisión al sistema de limitaciones sería una insensatez si no hubiera una organización para coaccionar a aquellos que tratarían de obtener las ventajas del sistema sin someterse a sus obligaciones. Hacen falta "sanciones", no como el motivo normal para la obediencia, sino como una garantía de que aquellos que obedecen voluntariamente no serán sacrificados a quienes no lo hacen (1).

Siguiendo el esquema del estudio de M.A.Cattaneo (2), se podrían diferenciar dos tipos de cuestiones en torno a este tema: a) por un lado, el fundamento teórico y status lógico de las aserciones relativas a las "cinco verdades obvias"; b) en segundo lugar, la función que desempeñan tales aserciones en el contexto de la teoría general del Derecho formulada por Hart.

#### B.3.2.7.3. Análisis del fundamento teórico y lógico del "contenido mínimo del Derecho Natural".

El profesor Passerin D'Entreves (3) ha subrayado la peculiar "conexión racional", entre los cinco hechos empíricos enumerados y el "contenido" de -

- 
- (1) Un primer acercamiento al "contenido mínimo de Derecho Natural" y al carácter peculiar de la conexión entre el derecho y la moral puede verse en "El Positivismo y la separación...", cit., págs. 52-56.
  - (2) "Il diritto naturale...", cit., pgs. 679
  - (3) "Un noyau de bon sens...", cit., pág. 322.

las reglas jurídicas y morales, como un intento de superar el vacío epistemológico entre los hechos y valores tal y como fué formulado por Hume. Sin embargo, según P.d'Entrèves, este "salto" no ha tenido éxito, y la tesis de Hume acerca de la imposibilidad lógica de derivar proposiciones prescriptivas de proposiciones descriptivas ha permanecido intacta (1): en realidad, la segunda proposición normativa es deducida de un juicio de valor, a saber, la presunción de que la supervivencia es el fin de toda asociación humana. Este argumento es similar al que se le podría objetar a Hobbes: éste deduce de una constatación de hecho ("bellum omnium contra omnes") el precepto, la "regla general de la razón", "pax est querenda, bellum vitandum" y todas las reglas que se deducen de ella. Ahora bien, entre la constatación de hecho y la prescripción, se interpone un juicio de valor; el juicio de que la conservación y la defensa de la vida humana es un bien. En otro orden de cosas, para d'Entrèves, la semejanza entre Hobbes y Hart se deduce que en ambos encontramos una concepción "formalista" y "normalista" de la razón, al mediar entre principios y teoremas, de un lado, y normas, de otro (2).

A la tesis de d'Entrèves se le podría objetar haciendo una distinción analítica (3): no es lo mismo decir que "la supervivencia es un bien" a decir que "los hombres consideran que la supervivencia es un bien". El segundo enunciado es, en realidad, el formulado por Hart, y su carácter descriptivo se diferencia lógicamente del primero.

---

(1) Un intento de derivación puede verse en la obra de Searle, "How to Derive 'Ought' from 'Is'", The Philosophical Review, 1964, pp.43 y ss, donde el filósofo del lenguaje, partiendo de un juicio descriptivo de una cierta forma de conducta de un sujeto, intenta concluir con la ayuda de otras premisas intermedias, que también pretenden ser descriptivas, un juicio normativo moral acerca de dicho sujeto; otro intento puede encontrarse en la obra de Black, "The Gap between 'Is' and 'Should'", The philosophical Review, 1964; su argumento intenta probar específicamente que a partir de una premisa que enuncie que alguien A quiere conseguir algo Y, más otra premisa que enuncie que para conseguir Y es necesario hacer X, se deduce la conclusión de que A debe hacer X. Una crítica de ambas tesis puede verse en J.Hierro S.Pescador, "Problemas del análisis del lenguaje moral", op.cit., pgs. 131 y ss.

(2) "Un noyau de bon sens...", cit., pág. 323.

(3) "Il Diritto naturale...", cit., pág. 681.

Ahora bien, el punto realmente controvertido se centra en el significado de "deber" en el enunciado siguiente: "si se quiere garantizar la supervivencia, entonces el Derecho y la Moral deben tener un cierto contenido": - si se quiere A (= supervivencia) se debe dar forma a B (= Derecho o Moral) - según los elementos suministrados por C (= verdades obvias). Según M.A. Cattaneo (1), este tipo de proposición podría analizarse desde un triple nivel:

- a) como juicios de hecho: los ordenamientos sociales eficientes son - solamente aquellos en los que las normas tienen un cierto contenido.
- b) como definiciones: para definir científicamente los términos de - "Derecho" o de "moralidad positiva" hay que tener en cuenta el contenido de los ordenamientos sociales.
- c) plano prescriptivo: existen buenas razones para obedecer solamente los ordenamientos que tienen cierto contenido (este punto se analizará en el siguiente apartado).

En el primer caso parece que existe una conexión lógica entre un juicio de hecho (aserciones de ciertas verdades obvias) y otro juicio de hecho (aserciones relativas a la existencia y eficacia de ciertos ordenamientos sociales); en el segundo caso, el primer juicio de hecho ofrece las condiciones para construir una definición descriptiva del Derecho. Las primeras aserciones sobre las verdades obvias son presentadas por Hart como proposiciones con un status lógico intermedio entre las simples afirmaciones fácticas y las definiciones: son proposiciones cuya verdad depende del hecho de que la naturaleza humana y el mundo en el que vivimos mantengan las características y la estructura que tienen ahora. Para Hart, el "contenido mínimo del Derecho Natural" no es necesariamente parte integrante de los conceptos de Derecho y - Moral, ni está necesariamente presente de hecho en el Derecho y en la moralidad positiva de la sociedad existente. Lo único que nos ofrece las proposiciones sobre las verdades obvias son "buenas razones" para obtener ciertas consecuencias, si se quieren alcanzar ciertos fines (supervivencia). El término "deber" tiene aquí un sentido instrumental o técnico. Como dice Soper: "The

---

(1) "Il Diritto naturale...", cit., pág. 681.

link here is an empirical one between universal but contingent truths about human beings on the one hand, and the efficacy, not the concept, of a legal system on the other" (1).

Es evidente que la tesis de Hart debe ser interpretada desde el punto de vista del Ordenamiento Jurídico: el presupuesto mínimo para la existencia y eficacia de un Ordenamiento Jurídico no debe confundirse con la conformidad entre las normas jurídicas y la moral; un Ordenamiento Jurídico privado de estos requisitos mínimos de contenido moral difícilmente podría subsistir, mientras que la existencia de una norma se determina por un criterio formal de validez que nada tiene que ver con su propio contenido. La relación entre Derecho y Moral en la obra de Hart es similar a la relación validez-eficacia en la obra de Kelsen.

La noción de supervivencia, dentro del contexto de la teoría de Hart, no es necesaria que se aplique al conjunto de la sociedad, sino al grupo social que detenta el poder (2): desde el punto de la eficacia, es posible concebir un sistema jurídico en el que la clase dominante eliminase a los restantes miembros de la sociedad que se opusieran a sus pretensiones. Ahora bien, si la violación del "contenido mínimo del Derecho Natural" se produjese entre los propios miembros del grupo social dominante, la desintegración del sistema jurídico se llevaría a cabo en un corto período de tiempo.

---

(1) Soper, cit., p.500. Habría que diferenciar las "verdades obvias" de los "principios judiciales técnicos" (imparcialidad, equidad, etc.), ya que mientras aquellas actúan como formas de control de la conducta humana general, éstos controlan el proceso de razonamiento que une los standards a las decisiones de los casos particulares. Un Ordenamiento Jurídico que reflejara el "contenido mínimo del Derecho Natural" podría ser arbitrario, a diferencia de un Ordenamiento que respetase las "virtudes judiciales". Sin embargo, las teorías clásicas del Derecho Natural establecen conexiones conceptuales entre el Derecho y los principios substantivos de justicia o moralidad, exigiendo que tales principios deben ser incluidos entre los "principios jurídicos" identificados por la teoría jurídica.

(2) Esta sería una posible respuesta a la pregunta formulada por d'Entrèves: "Qu'arriverait-il si l'imposition par la force de la soi-disant moralité d'un groupe qui a saisi le pouvoir était en contradiction flagrante, non seulement avec la moralité d'autres groupes opprimés, mais avec ces conditions minimales posées par le droit naturel par l'existence même de tout ordre juridique?", op.cit., pág. 330. Vid. J.T.Noonan, "The Concept of Law", Natural Law Forum, 1962, págs. 169-177, especialmente págs. 175 y ss.

Con todo, y aún admitiendo la posibilidad y corrección lógica de la tesis del "contenido mínimo del Derecho Natural" -al suponer que se derivan juicios de hecho (eficacia) de juicios de hecho (verdades obvias)-, creo que la aceptación del fin de la supervivencia introduce elementos valorativos - en la argumentación: se parte de un juicio de valor, a saber, que la supervivencia es buena y por ello debe ser garantizada por el Derecho y la Moral; - la eficacia de un Ordenamiento Jurídico se refiere, en último término, a una instancia valorativa que fundamenta su propia existencia.

#### 8.3.2.7.4. Funciones teóricas del "contenido mínimo del Derecho Natural"

El problema central de la filosofía jurídica y política es el problema de la obligación, es decir, el problema acerca de las razones que el ciudadano no tiene para obedecer al poder jurídico y político.

El profesor Hart, al analizar los problemas que conlleva la existencia de un sistema jurídico, separaba dos clases de conceptos, la aceptación (aceptación de la Regla de Reconocimiento por parte de los operadores jurídicos - desde un punto de vista interno) y la obediencia (obediencia por parte de los ciudadanos, en función de diversos motivos, desde un punto de vista externo); pues bien, para M.A.Cattaneo (1), la presencia en un Ordenamiento Jurídico - del "contenido mínimo del Derecho Natural" ofrece "buenas razones" no para - la obediencia, sino para la aceptación voluntaria, condición necesaria en la obra de Hart para que un sistema de reglas pueda ser impuesto por la fuerza sobre cualquiera (2): "sin su cooperación voluntaria, que crea así autoridad, el poder coercitivo del derecho y el gobierno no pueden establecerse", aunque esta cooperación voluntaria provenga sólo del grupo de operadores jurídicos o del grupo social dominante. La existencia de un sistema jurídico es un fenómeno social que presente siempre dos aspectos: implica las actitudes y la conducta que van involucradas en la aceptación voluntaria de reglas, y tam-

(1) "Il diritto naturale..", cit., pág. 689.

(2) "C.D. cit., pág.248.



bién, las actitudes y la conducta, más sencillas, involucradas en la mera obediencia o aquiescencia. Los primeros ven las reglas desde el punto de vista interno como pautas o criterios de conducta aceptados, y no meramente como predicciones dignas de confianza de lo que los funcionarios les harán si desobedecen. Los segundos se interesan por las reglas simplemente como fuentes de posibles castigos. El "contenido mínimo del Derecho Natural" ofrece razones para la aceptación voluntaria del Derecho, al menos por el grupo social dominante, condición necesaria y mínima para la existencia de un sistema jurídico.

Ahora bien, ¿ésto no sirve simplemente para demostrar que los ordenamientos jurídicos existentes poseen de hecho un cierto contenido mínimo fijo que puede ser considerado como un elemento esencial de la definición del concepto de Derecho?, ¿se trata -como dice Cattaneo- al fin y al cabo, de un cierto tipo de iusnaturalismo ontológico-descriptivo que determina la existencia de un Ordenamiento Jurídico?. Por otro lado, la función de un iusnaturalismo de tipo deontológico o prescriptivo podría venir desempeñada por el concepto de "moralidad crítica" (1), concepto fundado en una moral racional o ilustrada que tiene la función de valorar y criticar las instituciones existentes, contraponiéndose a la moral positiva efectivamente aceptada en la sociedad (2).

A mi juicio, creo que la teoría del "contenido mínimo del Derecho Natural" constituye uno de los puntos mas débiles y contradictorios de la teoría del Derecho de Hart, pues parece retomar la versión más débil del iusnaturalismo sin revalorizar dicho concepto en un sentido -como P.d'Entrèves defiende- deontológico. Como ha dicho el profesor E.Lamo de Espinosa (3), la teoría del "contenido mínimo...", desde un punto de vista sociológico, retorna a un darwinismo social bastante ingenuo (tipo Summer Maine); desde un punto-

---

(1) Vid.Hart, "Law, Liberty and Morality", London, O.U.P., 1963.

(2) Las dos características esenciales de este tipo de moral serían la racionalidad y la generalidad. V.Cattaneo, cit., p.692 y G.Gavazzi, "Sul concetto di 'moralità critica' ", en "Rivista di Filosofia", 1965.

(3) "Derecho, revolución y cambio social", Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, nº 55, Invierno 79, pág. 51-78.

de vitalógico, no logra superar la confusión entre descripción y prescripción, y desde un punto de vista científico, hubiera sido necesaria una previa antropología como base para definir el contenido mínimo normativo necesario para la supervivencia, antropología que no es ni siquiera mencionada.

### B.3.3. Tesis sobre la Discrecionalidad Judicial y las fuentes sociales del Derecho polémica Hart-Dworkin.

#### B.3.3.1. Introducción:

La crítica más importante y completa que analiza el modelo del positivismo jurídico defendido por Hart, ofreciendo a su vez un paradigma alternativo, ha sido, sin duda, la obra de su sucesor en la cátedra de Oxford, el profesor norteamericano Ronald Dworkin (1). La colección de ensayos reunidos bajo el sugestivo título "Taking Rights Seriously" ha sido calificado como la obra más importante, en el ámbito de la Teoría del Derecho, desde la aparición del "Concepto de Derecho", o, como ha dicho Thomas Perry en la revista "Ethics", "the most significant book on philosophy of law in this decade and surely one of the most interesting ones of the century". La crítica de Dworkin al positivismo jurídico se centra en el modelo expuesto por Hart ("....I want to make a general attack on positivism, and I shall use H.L.A.Hart's version as a target, when a particular target is needed") (2); el propio Hart ha respondido algunas veces a esta crítica, aunque no de forma detallada y completa (3).

---

(1) "Taking Rights Seriously", Duckworth, Londres, 1977. La segunda edición /1978/ contiene las réplicas de Dworkin a las objeciones planteadas por sus principales críticos. Es la edición que he consultado. Por otro lado, tengo que advertir que muchos de los ensayos contenidos en el libro citado ya habían sido publicados con anterioridad, a excepción de los -caps. 12 y 13, a partir de 1966.

(2) R.Dworkin, "Taking...", op.cit., pág. 22.

(3) Principalmente en: "Problems of the Philosophy of Law", 6 Encyc. of Philosophy 264-271 (1967); "American Jurisprudence through English eyes. The Nightmare and the Noble Dream", Georgia Law Review, vol II, Sept. 1977, number 5. p.969-989; "El nuevo desafío al positivismo jurídico", Sistema nº 36 pgs. 3-18. En opinión de Hart, Dworkin ha sido su principal y más lúcido crítico. También, div.: "Law in the Perspective of Philosophy": 1776-1976, 51 N.Y.U.L. Rev. 538, 545-61 (1976).

Hart, como he intentado subrayar a lo largo del presente trabajo, puede ser considerado como el autor contemporáneo que ha revitalizado y renovado la tesis del positivismo jurídico anglosajón -el igual que la versión actual del positivismo jurídico continental se puede encontrar, en su desarrollo más completo, en la obra de Bobbio-. A su vez Dworkin puede ser considerado el - filósofo del Derecho más importante de estos últimos años -dentro del ámbito de la cultura jurídica anglosajona-, cuya principal obra se dirige a criticar dos de los principales paradigmas de la teoría jurídica inglesa: por un lado, el positivismo jurídico- que podría ser resumido en el siguiente enunciado: "la verdad de las proposiciones jurídicas consiste en hechos acerca de - las reglas que han sido adoptadas por instituciones sociales"- y por otro, el utilitarismo- el Derecho debe servir al bienestar general; ofreciendo como alternativa una peculiar versión de la teoría liberal del Derecho basada - en la defensa de los derechos humanos individuales. Aunque la crítica de Dworkin afecta a varias tesis de la teoría del Derecho de Hart (Regla de Reconocimiento, separación conceptual entre principios y reglas, discrecionalidad y teoría de la adjudicación, separación conceptual entre el Derecho y la Moral) he creído conveniente enmarcar la polémica dentro de la 2ª y 3ª tesis - generales defendidas por Hart, con el fin de ordenar y recapitular algunos - puntos discutidos con anterioridad.

Para Dworkin, el error fundamental del Positivismo Jurídico consiste en creer que en todos los sistemas jurídicos existe algún test fundamental, reconocido por la mayoría de los operadores jurídicos, que determina el carácter jurídico o no de los standards. Dice Dworkin: "I said that no such - fundamental test can be found in complicated legal systems, like those in force in the United States and Great Britain, and that in these countries no ultimate distinction can be made between legal and moral standards, as positivist insists" (1). Según Dworkin, el test de reconocimiento sería pausable si consideramos al Derecho como un conjunto de reglas jurídicas; sin embargo, los abogados y los jueces, al argumentar y decidir en los pleitos, apelan no só-

---

(1) "Taking Rights...", cit., pág. 46.

lo a este tipo de reglas jurídicas determinadas, sino también a otra clase - de standards denominados por Dworkin "principios jurídicos", como, por ejemplo, "a nadie debe permitírsele obtener provecho de su propio fraude o sacar ventajas de su propia transgresión". Las dos posibles respuestas del positivista a esta objeción son rechazadas por Dworkin:

- a) ni el juez, al referirse a estos principios, ejerce simplemente - su discrecionalidad.
- b) ni existe ningún test que pudiera reconocer e identificar estos - principios jurídicos, separándolos de otros standards morales y - políticos.

Dworkin defiende un concepto de Derecho que se refiere a los standards que establecen derechos y obligaciones que el gobierno (poder político), a través de las instituciones familiares de los tribunales y la policía, tiene el deber, al menos en principio, de reconocer y hacer efectivos. Como el establecimiento de la existencia de un deber prescriptivo en materias moralmente relevantes supone asumir una posición moral, esta definición implica que para determinar si un standard es o no jurídico, es necesario formular un juicio de valor acerca de si los jueces están justificados en reconocer el standard. Sobre este tipo de definición se centra la crítica positivista, ya que contradice su tesis central de que el Derecho es un fenómeno social que puede identificarse sobre la base exclusiva de hechos empíricos, sin adoptar una posición acerca de su justificación moral.

#### B.3.3.2. Principios y Reglas.

El primer juicio crítico de Dworkin sobre el positivismo jurídico, se fundamenta en la distinción lógica de dos tipos de standards jurídicos: las reglas y los principios (1). Los principios (como por ejemplo: "nadie puede

---

(1) "Taking Rights..." op.cit., pg. 22 y 55; sobre este tema vid. Genaro R.-Carrió, "Principios jurídicos y Positivismo Jurídico", Abeledo-Perrot, B. Aires, 1970; E.Philip Soper, "Legal theory and the obligation of a judge: the Hart/Dworkin dispute", Michigan Law Review, vol 75, Nº 3, pgs. 473-519 enero 1977; Christie, G. "The Model of Principles", Duke Law Journal, 1968 649; K.Greenwalt, "Discretion and Judicial Decisión", 75 Colum. L.Rev. - 359 (1975); J.Raz. "Legal Principles and the Limits of Law", 81 Yale L.J. 823, 845-46 (1972); Tapper, C. "A Note on Principles", 34 Mod.L.Rev.628 (1971); R.Sartorius, "Individual Conduct and Social Norms", California, - 1975, cap. 10 y "Social Policy and Judicial Legislation", 8 Am Phil. Q.151

beneficiarse como resultado de su propia conducta ilícita" expresan consideraciones de justicia, equidad u otras dimensiones de la moralidad. Los principios, a diferencia de las reglas, no son aplicables como cuestión de "todo o nada": mientras las reglas son aplicables o inaplicables a una situación concreta -y, por tanto, resuelven o no el caso controvertido-, los principios no imponen un mandato específico para la resolución (toma de decisión) de un caso concreto; no requieren una decisión específica sino que indican pautas que deben ser tomadas en cuenta en la deliberación que conduce a una decisión comparándolas con consideraciones que surgen de otros principios. Un principio que es dejado de lado en la decisión de un caso, a pesar de ser aplicable a éste, no por eso es invalidado o modificado por la introducción de una excepción. Los principios tienen una dimensión de peso o fuerza de la que las reglas carecen, determinando que los conflictos entre principios se resuelvan en forma distinta a los conflictos entre reglas: el conflicto entre reglas se resuelve mediante criterios específicos para resolver las antinomias -suministrados por otras reglas jurídicas-, mientras que el conflicto entre principios debe ser resuelto teniendo en cuenta la fuerza relativa de otros principios semejantes. A pesar de estas diferencias, que luego analizaré con más detenimiento

---

cont.-(1971); D.N.Mac Cormick, "Dworkin as pre-benthamite", The Philosophical Review, LXXXVII, nº 4, Octubre, 1978, pgs. 585-607; R.L.Caplan, "Professor Dworkin's Jurisprudence", The American Journal of Jurisprudence, pgs.118-159 (1977); quien en su nº 1 ofrece una excelente bibliografía de Dworkin; D.Lyons, "Principles, Positivism and Legal Theory", 87 Yale Law Journal, 415, 1977; W.T.Blackstone, "Law and Morality: the Hart-Dworkin debate and an alternative", ARSP, 1979, p. 77-93; es muy útil consultar la "Georgia Law Review", "Jurisprudence Symposium", vol II, Sept. 1977 nº 5, que reúne todas las intervenciones del congreso celebrado en Georgia sobre la obra de Dworkin; También, últimamente, vid. "Professor Dworkin's Views on Legal Positivism", Indiana Law Journal, vol 55, nº 2, 1979, art. de G.R.Carrió, y C.S.Nino, "Dworkin y la disolución de la controversia - Positivismo vs. Iusnaturalismo", Revista Latinoamericana de Filosofía, vol.VI, nº 3, nov. 1980, pgs. 215-234. He expuesto la bibliografía consultada, independientemente de las referencias bibliográficas de los arts. citados. En la segunda edición de "Taking Rights...", cit., p. 291-368, Dworkin responde a varios de sus principales críticos (Hart, Greenawalt, Munzer, Richards, Soper, Lyons, Nickel, Mackie y Raz). Este apéndice, "A Reply to Critics", es una versión aumentada y revisada de su primitivo artículo "Seven Critics", recogido en el número monográfico de la "Georgia Law Review", citada. También puede consultarse: H.J.M.Boukema, "Hard Theories and Hard Cases", ARSP Bd. LXV 12 (1979) p.254-265; J.Mackie "The Third Theory of Law", Philosophy Public Affairs, 1977, pg.3-16, y J.Raz. "Professor Dworkin's Theory of Rights", XXVI Political Studies 123 (1978); - Theodore M.Benditt "Law as Rule and Principle", The Harvester Press, 1978 especialmente, p.61-89.

miento, los principios se asemejan a las reglas en tanto que establecen derechos y deberes que pre-existen a la decisión judicial que los reconoce. Teniendo en cuenta que los principios cumplen la misma función que las reglas jurídicas, es razonable -argumentará Dworkin- considerar a los principios como parte del Derecho. Por el contrario, el positivismo jurídico sostiene como tesis básica que los standards jurídicos se distinguen de otro tipo de standards -por ej., los standards morales-, por satisfacer un test como el que está contenido en la regla de Reconocimiento de Hart, que identifica a los standards jurídicos por su origen fáctico o "pedigree". Los principios no pueden ser reconocidos por tal test, puesto que ellos no son reconocidos por su origen. Por tanto, para Dworkin, la pretensión básica del positivismo jurídico de distinguir los standards jurídicos de otros standards sociales a través -de un test de origen o 'pedigree', conduce a ignorar una parte importante -del Derecho.

El primer ataque del Dworkin al positivismo jurídico, basándose en la anterior distinción, se apoya en un contraejemplo -como es propio de toda teoría descriptiva (1) - que es desarrollado en las siguientes fases:

1) En primer lugar, se constata empíricamente que hay casos en el sistema jurídico Angloamericano (Dworkin los denomina "hard cases") en los que no se puede aplicar ninguna regla que determine el resultado que el juez debería alcanzar. Tal es, por ejemplo, el caso "Riggs vs. Palmer" (2), donde el

---

(1) Sobre la calificación de la obra de Dworkin como teoría descriptiva, y la obra de Hart como teoría conceptual, vid. E.P. Soper op.cit., pgs. 473-474; la respuesta de Dworkin, en "Taking rights...", op.cit., pg. 350 y ss.

(2) 115 N.Y. 506, 22 N.E. 188 (1889), V.Dworkin, "Taking Rights...", pg. 23. El famoso caso Riggs vs. Palmer, resuelto en 1889 por un tribunal de Nueva York, consistía en los siguientes: X había otorgado testamento; en él dejaba un importante legado a su nieto Y. Conocedor de esta circunstancia, Y asesinó a X para heredarlo. Sobrevino un pleito entre el homicida, que pretendía recibir el legado, y los herederos ab intestato de X que, por supuesto, se opinaban a ello. El tribunal señaló que si se interpretaban literalmente las normas relativas a los efectos de los testamentos y las reglas generales del derecho sucesorio, de forma que en ningún caso pudiera restringirse su alcance, no había otra solución que entregar el legado al homicida. Ninguna de esas normas impedía en forma explícita la pretensión de éste. Sin embargo, el tribunal la rechazó. Entre otros argumentos la sentencia hizo el siguiente. Sostuvo que "todas las leyes, así como todos los contratos, pueden ser controlados en su aplicación por máximas generales y fundamentales del common law. A nadie debe permitírsele obtener provecho de su propio fraude o sacar ventaja de su propia transgresión..." El tribunal añadió que, "aunque ninguna ley les ha dado vigencia, estas máximas controlan con frecuencia los efectos de los testamentos y prevalecen sobre el lenguaje de éstos".

tribunal decidió que un asesino no podría heredar el testamento de su víctima, a pesar de que las leyes sobre la herencia no regulaban tal excepción.

2) En tales casos, en opinión de Dworkin, es incorrecto afirmar que el juez tiene discrecionalidad para decidir el resultado a alcanzar. Lo que es apropiado decir es que las partes están legitimadas para alcanzar una decisión correcta que el juez está obligado a reconocer mediante una referencia a principios jurídicos ("no man should profit from his own wrong")

3) Estos principios son Derecho, ya que son obligatorios en su cumplimiento por los funcionarios, de la misma forma que lo son las reglas jurídicas - ("We might treat legal principles the way we treat legal rules and say that some principles are binding as law and must be taken into account by judges and lawyers who make decisions of legal obligation")(1)

4) Estos principios no tienen cabida en el "positivist's master test" (La Regla de Reconocimiento de Hart), ya que:

- a) no existe un esquema general para producir tales principios.
- b) no se pueden fijar exhaustivamente (2).

5) De 1), 2), 3) y 4) se deduce que la diferenciación positivista entre el Derecho y los standards sociales de una comunidad basada en un test empírico de reconocimiento, es incorrecta, y por tanto, debe ser abandonada. Precisamente, el propio Dworkin resume su punto de vista: "My strategy will be organized around the fact that when lawyers reason or dispute about legal rights and obligations, particularly in those hard cases when our problems - whith these concepts seem most acute, they make use of standards that do not function as rules, but operate differently as principles, policies, and other

---

(1) "Taking Rights...", cit., pág. 29.

(2) "...they are controversial, their weight is all important, they are numberless, and they shift and change so fast that the start of our list - would be obsolete before we reached the middle". "Taking rights...", p.44. Dice Nino: "Dworkin implícitamente caracteriza a los principios, por oposición a las reglas, sobre la base de que ellos no son reconocidos por derivar de una fuente con autoridad, y su tesis substantiva es que los principios, así caracterizados, funcionan en forma diferente a las reglas en el razonamiento práctico y en la resolución de conflictos. De este modo, replicar que los principios pueden ser reconocidos por un test de origen es ineficaz porque implica atacar una preposición analítica derivada de una estipulación conceptual", cit., pág. 220.

sorts of standards. Positivism, I shall argue, is a model of and for a system of rules, and its central notion of a single fundamental. Test for law forces us to miss the important roles of these standards that are not rules" (1).

Planteadas de forma esquemática la tesis de Dworkin en su primera versión, pasaré a analizar dos puntos principales:

1) La distinción entre reglas y principios, base de la argumentación de Dworkin.

2) La existencia de casos no sujetos a regulación jurídica. (2).

1) a) Concepto de regla en Hart y Dworkin.

b) Distinción entre reglas y principios.

a) Para Hart, como ya he intentado exponer con anterioridad, el concepto de "regla" se diferencia de los conceptos de "hábito" y "órdenes coercitivos" en función del "aspecto interno" de las reglas: si A se desvía del modelo de conducta que implica la regla X, el grupo que sigue X está legitimado para criticar la conducta de A y para justificar su propio comportamiento. Esta actitud crítica y reflexiva no se da ni en la mera conducta convergente (hábitos) ni en la conducta sometida a órdenes coercitivos (3). Ahora bien, también cabe pensar que podemos encontrar principios que impliquen una serie de propósitos cuya función sea muy parecida a la de las reglas jurídicas. Sin embargo, la diferencia entre Hart y Dworkin radica en lo siguiente: mientras que para Hart la existencia de principios reconocidos por el Derecho no invalida su análisis de las reglas jurídicas, sino que, por el contrario, pueden ser reconocidos como principios jurídicos por la Regla de Reconocimiento, la esencia del argumento de Dworkin no es que afirme la existencia de principios como parte del Derecho, sino que sostiene que ningún test empírico puede aprehender todos los principios que son Derecho y, por tanto, el criterio positivista de la Regla de Reconocimiento debe ser abandonado.

---

(1) "Taking rights...", cit., pág. 22.

(2) En estos dos puntos sigo el excelente artículo de Soper, citado con anterioridad.

(3) Evidentemente, esta actitud también puede darse en situaciones donde no existan reglas. V.J.Raz, "Legal Principles...", cit., pág.845.



b) La posibilidad de establecer una diferencia lógica o funcional entre los principios y las reglas es una tarea bastante compleja. Una, posibilidad sería la de intentar descubrir cómo opera un standard jurídico particular analizando el sentido del propio standard (1); si el standard fuera vago o impreciso operaría flexiblemente como los principios; si fuera taxativo y fijo, operaría automáticamente como las reglas. Sin embargo, este punto de vista puede ser equívoco, ya que ciertos conceptos o standards dotados de vaguedad e imprecisión pueden actuar como reglas y no como principios.

La distinción real entre principios y reglas se determina más fácilmente en virtud de las direcciones explícitas o implícitas que acompañan al standard, indicando cuál es su función. Así, dirá Soper, "...a standard is a rule, however vague, if it embraces a limited range of principles and policies that are taken to be exclusively relevant" (2). Inversamente, un standard cuyas condiciones son bastante específicas, será sin embargo un principio si el standard solamente constituye uno de los elementos a tener en cuenta -junto con otros criterios- para regular el caso controvertido.

Las reglas pues, tendrían las siguientes características:

1) no pierden su carácter de reglas aunque, para determinar su sentido, sea necesario referirse a los propósitos e intereses subyacentes a la propia regla.

2) las reglas difieren de los principios en virtud de que las primeras hacen jurídicamente irrelevantes a todos aquellos principios o propósitos que no subyacen bajo ellas. Así, dirá Soper: "...the rule principle distinction seems useful at best only after the fact, as a label for the conclusion that certain standards alone are relevant in deciding a case" (3).

La principal razón por la que Dworkin insiste en la distinción entre reglas y principios, es intentar demostrar la inadecuación del "positivist's master test". Ahora bien, se puede aducir que el ataque de Dworkin al positivismo no

---

(1) Los "standards jurídicos" integran los conceptos de reglas jurídicas y principios jurídicos, siguiendo la terminología de Raz, "Legal Principles. ...", cit., pág. 824, nº 4.

(2) Soper, cit., pág. 482.

(3) Soper, cit., pág. 482. Una discusión sobre la utilidad de la distinción en el caso *Riggs v Palmer* puede ver. en pgs. 483-483.

depende de tal distinción: su ataque radica simplemente en la pretensión de que existe un gran número de standards jurídicos no determinados, que son in dependientemente aceptados como Derecho, y tan sólo descubribles mediante la observación de las prácticas usuales de abogados, jueces y funcionarios que, espontáneamente, los van precisando a lo largo del tiempo. Dice Dworkin: "The origin of these as legal principles lies not in a particular decision of some legislature or court, but in a sense of appropriateness developed in the pro fession and the public over time" (1).

Por otro lado, la teoría del positivismo jurídico, caracterizada por Dworkin como "ruling theory", no tiene por qué ser incompatible con ciertos usos de la expresión "principios jurídicos" (2); el positivismo jurídico es compati ble con el uso de esa expresión para referirse a características importantes del orden jurídico, a generalizaciones obtenidas a partir de sus reglas y a reglas no operativas dirigidas al legislador, a pautas de segundo grado que versan sobre reglas jurídicas de primer grado, a objetivos, propósitos y "policies" atribuibles a las reglas del sistema, a exigencias de justicia y

---

(1) "Taking rights...", p.40. Más adelante, dice: "...we could not devise any formula for testing how much and what kind of institutional support is necessary to make a principle a legal principle...". Para Dworkin, los "principios" no pueden ser reconducidos a un último test de reconocimiento, debido a que, por un lado, no muestran unas características unificadoras que permitieran su génesis a partir de una fórmula simple, siendo, además, muy numerosos, controvertidos y cambiantes, calificaciones que impo sibilitan su inclusión en una lista exhaustiva.

De la misma forma, Dworkin critica el test último de reconocimiento del positivismo en función de la flexibilidad de las normas consuetudinarias. Ya no se trata de una invocación a los principios, sino de una demostración del carácter no unificado de las reglas consuetudinarias, cuya valid dez -dice Dworkin- no dependen de ningún test, sino de la simple aceptación de la obligatoriedad de las mismas. La pretensión crítica de Dworkin se basa, más que en una división funcional entre reglas y principios (auto matismo y flexibilidad), en la constatación de la existencia de standar ds -no importa si es regla o principio -no sometidos al test de reconocimiento (test último de validez) para su identificación y existencia.

(2) Un estudio detallado de los distintos usos de este concepto puede verse en G.R.Carrió, "Principios jurídicos...", cit., pgs. 21 y 55.

moral positivas y a máximas legadas por la tradición jurídica. Para el profesor Carrió (1), hay dos importantes núcleos de significado de la palabra "principio" usada en contextos jurídicos:

a) los principios jurídicos son pautas de segundo nivel que indican como deben entenderse, aplicarse y, a veces, complementarse las reglas de primer grado (Principios 1).

b) Los principios jurídicos son los propósitos objetivos, metas o policies de una regla o conjunto de reglas del sistema, ciertas exigencias fundamentales de justicia y moral positivas y ciertas máximas o "piezas de sabiduría jurídica tradicionales", (Principios 2).

El verdadero problema, dentro del contexto de la polémica Dworkin-Hart, - consiste en la siguiente cuestión: ¿en qué medida, los Principios 1 y los Principios 2, caben dentro de una concepción que ve el Derecho de una comunidad como un conjunto de reglas o normas identificadas por medio de una Regla de Reconocimiento aceptada, que especifica los criterios que deben satisfacer las reglas o normas particulares para ser consideradas como parte del sistema?.

Recordemos, aunque sea brevemente, los dos modelos jurídicos en cuestión tal y como son expuestos por Dworkin:

---

(1) Op.cit., pág. 42.

HART

(1) El Derecho de una comunidad es un conjunto de reglas, pautas que se aplican a la manera de "todo o nada". Una regla se aplica o no se aplica. Si dos reglas están en conflicto, una de las dos no puede ser válida.

(2) Decir que una regla es válida, significa que satisface los criterios establecidos en una regla suprema, o "Regla de Reconocimiento" aceptada por la comunidad. Estos criterios no se refieren al contenido de las reglas particulares sino a su origen o "pedigree". El único criterio que la R.R. puede incorporar es la aprobación de las reglas particulares por una autoridad competente en un acto deliberado de creación jurídica (leyes y precedentes).

(3) Nada que no sea una regla, así caracterizada y así identificable, puede integrar el orden jurídico. Los principios son lógicamente diferentes de las reglas.

(4) Cuando los jueces deben decidir un caso no cubierto claramente por una regla, el Derecho no les proporciona indicación alguna. En tal supuesto deben ejercer una discreción no guiada por pautas jurídicas. Si su fallo impone una obligación o confiere un derecho, ni aquella ni éste son la actualización o el reconocimiento de una obligación o un derecho preexistente.

DWORKIN

(1) El Derecho de una comunidad es un agregado de reglas y principios.

a) Los principios no exigen un comportamiento específico, sino una meta por alcanzar.

b) Los principios no son aplicables a la manera de "todo o nada". No establecen condiciones que hagan necesaria su aplicación ni consecuencias que se sigan automáticamente a ciertas condiciones. Más bien enuncian una razón para decidir en determinado sentido. Los contraejemplos de un principio no son tratados a diferencia de las reglas como excepciones al mismo y no son susceptibles de ser enunciados exhaustivamente.

c) Los principios poseen una dimensión de "peso" o "importancia": para resolver el conflicto entre dos principios hay que tomar en cuenta el peso o importancia relativo de ellos en el contexto del caso concreto. Un principio desplazado por otro sobrevive, no queda invalidado.

d) El test del origen o "pedigree" no sirve para identificar a los principios. Tan sólo se pueden identificar mediante una compleja argumentación que exige apreciar una rica variedad de estándares, prácticas, creencias y actitudes.

(2) El agregado de reglas y principios en que consiste el Derecho excluye la discreción judicial. Los jueces están siempre guiados por principios.

(3) No sólo las reglas confieren derechos o imponen obligaciones; esa función es cumplida también por la operación combinada de un conjunto de principios. El Derecho de una comunidad es una heterogénea aglomeración de pautas y criterios de muy variado origen y textura.

A mi juicio, el modelo presentado por Dworkin como paradigma de la "ruling theory", deforma el sentido y alcance que Hart le ha dado a lo largo de su obra. En consecuencia, cabría hacer las siguientes puntualizaciones (1):

1) El concepto "regla" no siempre hace referencia a ciertas regulaciones específicas de la conducta; la variedad de reglas que forman parte de un Ordenamiento Jurídico pueden estar constituidos por standards muy generales que limitan las atribuciones de cuerpos administrativos encargados de aplicarlos, al igual que por standards que no requieren conductas específicas de parte de sus destinatarios (2). Hart utiliza el concepto "regla" en un sentido mucho más amplio que lo que Dworkin le concede.

2) Todas las reglas, incluso las que regulan conductas específicas, poseen una textura abierta (3) o vaguedad potencial en su significado. Por ello, las reglas tienen excepciones que no pueden ser exhaustivamente especificadas - por adelantado. Cuando se trata de determinar si un caso concreto está o no comprendido por el significado actual de una regla, se tiene que admitir que no todos los casos son del mismo tipo ni suscitan los mismos problemas.

3) La diferencia "lógica" entre las reglas jurídicas y las pautas del tipo expresadas en el caso *Riggs v. Palmer*, a la vista de lo expuesto, no es tan clara como Dworkin parece hacer suponer. Ni se puede decir que las reglas son siempre aplicables a la manera de "todo o nada", ni se pueden enumerar de antemano todas sus excepciones -ya que tendríamos que precisar con antelación todas las circunstancias posibles de aplicación-, ni tampoco se puede afirmar que los conflictos entre reglas se resuelven siempre negando la validez de una de ellas. La dimensión de "peso", que Dworkin adjudica como criterio para la resolución de conflictos entre principios, también se da en el ámbito de las

---

(1) Seguimos el modelo propuesto por Carrió en "Principios jurídicos...", cit. pág.57-71.

(2) Hart, "C.D.", cit., págs. 163-166 y 316.

(3) La feliz expresión es de Waismann, "Verifiability", en "Logic and Language", primera serie, recopilación de A.N.G. Flew, Blackwell, Oxford, 1951, pág. 119; vid. Hart, "El positivismo jurídico y la separación...", cit., pág. 25-28, donde se habla de los problemas de la "penumbra" y pgs. 39-40, donde se les contraponen un elemento central del derecho vigente que puede ser visto como un núcleo de significación central de las reglas. Vid. también, Hart, "C.D.", cit., cap. VII y bibliografía allí citada.

reglas jurídicas (1).

4) La propia Regla de Reconocimiento, al identificar los criterios de validez de un Ordenamiento Jurídico, posee una textura abierta: frente a una identificación clara y rigurosa de los casos paradigmáticos y centrales de un Ordenamiento Jurídico, la Regla de Reconocimiento, ante la existencia de casos marginales, no puede precisar con seguridad que una regla determinada es parte del sistema, y, por tanto, no puede aportar ninguna indicación afirmativa (ni negativa) concluyente. Como dice Carrió, "esta indeterminación de la regla de reconocimiento puede afectar la identificación de reglas específicas, de standards variables y de cualquier otro tipo de reglas de cuya pertenencia al sistema se trate" (2).

5) La Regla de Reconocimiento, al constituir el criterio último que el sistema ofrece para identificar las reglas particulares del mismo, puede reconocer que los Principios 1 y los Principios 2 son principios jurídicos en el sentido de que forman parte del Derecho positivo como las restantes reglas del sistema.

6) Puede darse el caso que las características de las pautas de segundo grado (Principios 1) hagan inaplicable algunos de los criterios establecidos en la Regla de Reconocimiento. Así, por ejemplo, el precedente único -solo vale como regla para casos de ese tipo particular- y la costumbre general, a diferencia de la costumbre judicial o jurisprudencia, sin perjuicio de que los Principios 1 puedan incorporarse al derecho de una comunidad por vía legislativa. También la Regla de Reconocimiento podría admitir entre sus criterios algunos que sean únicamente aplicables a la identificación de "Principios 1" e inaplicables a la de otras reglas (por ej., la doctrina mayoritaria o la tradición jurídica).

7) Los principios que no satisfacen los requisitos de la Regla de Reconocimiento, quedan fuera del Derecho.

---

(1) Sobre ello, vid. Hart, "El C.D.", cit., pgs. 155-169, donde trata el problema de la textura abierta del lenguaje.

(2) Carrió, "Principios jurídicos...", cit., pgs. 62; vid. Hart, "C.D.", cit., pgs. 152-153, 120-21, 183-84; vid, también "Scandinavian Realism". Cambridge Law Journal, nov. 1959, pgs. 239-240, donde hace referencia a la vaguedad o indeterminación de los criterios del sistema para identificar las reglas particulares y a la consiguiente penumbra de incertidumbre que rodea a los enunciados de validez.

8) Aunque en todo Ordenamiento Jurídico hay un núcleo central de reglas, standards y principios cuya observancia es obligatoria, las "exigencias" de algunos principios de Derecho positivo se pueden asemejar a las débiles pretensiones de las fuentes jurídicas permisivas (1).

9) Siempre habrá casos en los que los jueces deben fundar sus sentencias en pautas razonables que no son parte del Derecho, ejerciendo así una discrecionalidad inevitable en todo sistema jurídico abierto.

Creo que ha llegado el momento de analizar la noción de "hard cases" y el subsiguiente problema de la discrecionalidad judicial.

#### B.3.3.3. "Casos-difíciles" y discrecionalidad judicial.

Creo que un examen crítico de la noción de "hard-case", y de los problemas teóricos que conlleva, nos puede ayudar en el análisis de los argumentos de la polémica entre la tesis de Dworkin y las tesis positivistas de Hart.

El concepto de "hard-case", cuya traducción más conveniente creo que es la de "caso difícil" (2), es decir, un caso no regulado expresamente por el Derecho, podría ser tenido en cuenta bajo dos versiones.

a) una posible interpretación es considerar los "casos difíciles" como lagunas en el Ordenamiento Jurídico (3). El problema de las lagunas dentro de un Ordenamiento Jurídico suele suministrar un principio teórico general, negativo y residual, que trata de completar el posible vacío legal (4). Stone por ej., habla de un principio residual negativo: todo lo que no está legalmente prohibido, esta legalmente permitido (5) (este principio podría ser

---

(1) Sobre la distinción entre fuentes jurídicas obligatorias y fuentes jurídicas permisivas, vid., Hart, C.D., cit., pág. 312.

(2) Así lo hice en "El nuevo desafío...", con la aprobación explícita del profesor Hart.

(3) "...in the sense that legal standards fail to say anything at all about whether challenged conduct is permitted or prohibited". Soper, cit., pg. 485.

(4) Sobre el dogma positivista de la "plenitud" y sus posibles soluciones, vid. N. Bobbio. "Teoría dell'Ordinamento Giuridico", Torino, 1960 pgs. 125-184, donde analiza, entre otros, el "espacio jurídico vacío" (Bergbohm) y la "norma general excluyente" (Zitelmann y Donati).

(5) Stone, J. "Legal System and Lawyers Reasoning", Stevens & Sons, Londres, 1968 pág. 189.

fácilmente incluido en la Regla de Reconocimiento). Pero, ¿acaso esta ficción jurídica nos sirve de ataque a la posición mantenida por Dworkin? La crítica de Dworkin al positivismo puede enmarcarse, incluso, en sistemas jurídicos cerrados, donde no sea preciso intentar determinar si cierto tipo de conducta está, de hecho, prohibida legalmente: la tesis de Dworkin no consiste en la capacidad lógica para formular una regla "post hoc" para cada caso, sino en el problema más complejo de tratar de explicar el paso interpretativo entre standards preexistentes ("no vehicles in the park") y la nueva formulación en el caso controvertido ("no go-Karts in the park") (1). Para Dworkin, el desarrollo discursivo siempre parte de standards jurídicos generales pre-jurídicos.

b) Un segundo sentido de la expresión "caso-difícil" sería el siguiente: existen "casos difíciles" si el juez debe superar el lenguaje de las reglas existentes y formuladas con el fin de buscar el resultado exigido por el caso controvertido. Uno de los problemas interpretativos será el de diferenciar un "caso difícil" de un caso cuya decisión correcta esté determinado en su totalidad por reglas explícitas que hagan innecesaria la referencia a otro tipo de standards, tales como principios, intereses y propósitos (2).

Ahora bien, en los propios "casos difíciles", la solución de una decisión correcta implica también una superación del lenguaje formalizado de las reglas, haciendo referencia al propósito de las mismas. ¿Cómo salva la tesis positivista esta dificultad? ¿Se confirma la tesis de Dworkin de que el positivista no puede describir e identificar todos los standards jurídicos relevantes que deberían aplicarse en el proceso de la decisión judicial (3).

---

(1) Soper, cit., pág. 486.

(2) Se trataría, en palabras de Soper, de diferenciar un "hard case" de un "easy case". El mismo Hart dice: "...it is a matter of some difficulty to give any exhaustive account of what makes a "clear case" clear or makes a general rule obviously and uniquely applicable to a particular case". Hart. "Encyc. of Philosophy". cit., pág. 270.

(3) El propio Hart considera que el "propósito" de las reglas jurídicas puede ser diferentes, jurídicamente, en los casos "fáciles", pero no en los "casos oscuros" ("penumbral cases"). vid. "El Positivismo y la separación...", cit., pág. 38 y "Problems of the Philosophy of Law", cit., pg.271. Sobre este tema, vid., Hughes, G. "Rules, Policy and Decision Making", 77 Yale L.J., p.411 (1968), Wasserstrom, R.A. "The Judicial Decision, p.180, Stanford-Londres (1961) y R.Sartorius "The Justification of the Judicial Decision", 78 Ethics 171, pg. 186, nº 3 (1968).



Al enfrentarse con standards controvertidos, el positivista, para Dworkin, tiene que elegir entre dos posibilidades:

a) O bien sostiene que tales standards son discrecionales y, por tanto, no obligatorios desde el punto de vista jurídico.

b) O bien sostiene que tales standards son obligatorios, determinando - su carácter jurídico (identificación) mediante alguna forma más compleja que su simple "test" de reconocimiento (1).

La función primaria de los principios es guiar la conducta de los jueces al decidir el tipo de reglas jurídicas a aplicar, y sólo en segundo término, la de guiar, aunque no directamente, la conducta de los ciudadanos. Soper - distingue dos tipos de standards que obligan a los jueces: por un lado, standards jurídicos que regulan el comportamiento humano en una sociedad particular a través de la prescripción de normas; por otro lado, standards que regulan y racionalizan la aplicación de otros standards así como su interpretación (2). Así, los principios podrían quedar enmarcados dentro de este status transjurídico, constituyendo "minimally essential criteria for the proper - conduct of certain types of rational activity" (3). Este tipo de standards, a diferencia de los standards meramente jurídicos, serían inmunes al cambio deliberado, y corresponden a los que Hart denomina "característica judicial

---

(1) Dworkin, "Social Rules and Legal Theory, 81 Yale Law Journal", pág. 874, (1972). Para Soper, cit., pág. 488, existiría una tercera posibilidad: - el positivista podría admitir que algunos standards obligan a los jueces aunque su función en el Ordenamiento Jurídico es diferente de la función de las reglas ordinarias y principios jurídicos. Para Dworkin este argumento sería circular, ya que se asume la distinción entre standards jurídicos, distinción que precisamente tendría que establecer la Regla de Reconocimiento. Con respecto a la bibliografía de Dworkin, quiero hacer una matización: El cap.II de "Taking Rights...", titulado "The Model of Rules I", reproduce sin modificaciones relevantes el ensayo "The Model of Rules", publicado originariamente en 1967 en "University of Chicago Law Review", vol.35, y reproducido en R.Summers (ed.), "Essays in Legal Philosophy", Oxford, 1968. Como este ensayo tuvo un gran número de críticas, Dworkin respondió en 1972 en su artículo "Social Rules and Legal Theory", Yale Law Journal, vol.81, artículo que constituye ahora el cap.III, titulado "The Model of Rules II", de "Taking Rights...". Un complemento interesante de la bibliografía anteriormente señalada sobre Dworkin, puede verse en el documentado comentario de Sergio Bartale, "In margine a 'Taking Rights Seriously' di Dworkin", Materiali per una storia della Cultura Giuridica, vol X. n.º.1. 1980. Soc.ed. Il Mulino, Bologna, p.185-208.

(2) Soper, cit., pág. 490.

(3) Soper, cit., pág. 490.

virtues", identificándolos de la siguiente forma: "...imparcialidad y neutralidad al examinar las alternativas; consideración de los intereses de todos los afectados; y una preocupación por desarrollar algún principio general - aceptable como base razonada de la decisión" (1). Su fuente de obligación no es el Derecho, sino, siguiendo en este punto a Dworkin, la doctrina de la responsabilidad política, aunque para el profesor norteamericano estos standards -principios- son también jurídicos, es decir, están incorporados al Ordenamiento Jurídico.

Ahora bien, a diferencia de Dworkin ¿existen argumentos para defender - la tesis contraria, es decir, la defensa del concepto de validez jurídica ex cluyendo del mismo los principios-virtudes jurídicas técnicas?

Retornemos al comienzo de la exposición, con el fin de ordenar y comparar los dos planteamientos en cuestión.

La teoría crítica antipositivista de Dworkin se basa en la fundamentación de una "teoría distintiva de la adjudicación que presenta expresamente como una alternativa a la tesis de la discrecionalidad judicial" (2). La adju dicación es el proceso, descriptivo y normativo, de la decisión judicial al enfrentarse con casos sujetos a su jurisdicción. En la teoría de Dworkin, este proceso de adjudicación contiene elementos descriptivos y normativos (3): pretende ser, tanto una a) descripción del modo en que los tribunales resuel ven "casos difíciles" (para Dworkin, el positivismo jurídico contiene una - falsa descripción del proceso judicial), como una b) justificación racional - en términos de valores democráticos y de equidad -de lo que deben y no deben hacer los jueces en tales casos (negación de la tesis de la discrecionalidad

---

(1) "C.D.", cit., pág. 253.

(2) Hart, "El nuevo desafío..."cit., pág. 9.

(3) El Concepto del Derecho en Dworkin es en parte normativo (incluye los stan dards que derivan de la mejor teoría valorativa que justifique a los stan dards institucionalmente reconocidos), y, en parte descriptivo (incluye a los standards institucionalmente reconocidos independientemente de su justificación).

judicial). Para rechazar esta tesis, Dworkin emplea fundamentalmente dos argumentos (1): 1) el primero se fundamenta en la descripción de la adjudicación por medio de la analogía: para Dworkin el juez no crea nuevo Derecho, sino - que descubre principios y pautas explícitas en el Derecho existente. Ahora - bien, como dice Hart, este argumento no invalida la tesis de la discrecionalidad judicial, ya que no elimina el momento de la creación judicial del Derecho, pues, el juez, al enfrentarse con un caso difícil puede encontrarse con diferentes principios que apoyen analogías en conflicto, debiendo por tanto escoger entre ellas según sus propios criterios (2).

2) El segundo argumento de Dworkin acusa al positivismo jurídico -y en particular, a la teoría jurídica de Hart, -no de falsedad descriptiva, sino justificador de una forma de creación del Derecho que es, a juicio de Dworkin, antidemocrática e injusta (3): los jueces no son normalmente elegidos y en - una democracia -argumenta Dworkin- solamente los representantes elegidos del pueblo deberían tener poderes de creación del Derecho. Hart expone varios argumentos que responden a esta crítica, siendo el principal el siguiente (4): el considerar como injusta la creación retrospectiva o ex post facto se fundamenta en que "defrauda las expectativas justificadas de aquellos que, al actuar, han supuesto confiadamente que las consecuencias jurídicas de sus actos estarían determinadas por la situación conocida del derecho en el momento de sus acciones" (5). Es evidente que el argumento que sostiene la injusticia de la creación jurídica ex post facto no puede ser aplicado en el caso de los

---

(1) Vid. Dworkin, "Taking rights...", cit., págs. 81 y 85, donde dice: "Legal positivism provides a theory of hard cases. When a particular lawsuit cannot be brought under a clear rule of law, laid down by some institution in advance, then the judge has, according to that theory, a 'discretion' to decide the case either way...he has legislated new legal rights, and then applied them retrospectively to the case at hand. In the last two chapters I argued that this theory of adjudication is wholly inadequate; in this chapter I shall describe and defend a better theory".

(2) Hart, "El nuevo desafío...", cit., pg.10. Solamente -dirá Hart- un sistema jurídico con un conjunto de principios jerárquicos ordenados podría - fundamentar la tesis de Dworkin.

(3) Dworkin, "Taking rights...", cit., pág. 84.

(4) Hart, "El nuevo desafío...", cit., pág. 11

(5) Hart, "El nuevo desafío...", cit., pág. 11.

"casos difíciles", ya que en estos casos, no hay situación claramente determinada para justificar tales expectativas.

La teoría de la adjudicación de Dworkin, se basa en una teoría especial de la interpretación. Desde el punto de vista del juez -que es el punto de vista que adopta Dworkin para la descripción y explicación de la teoría de la adjudicación- el sistema jurídico incluye no solamente las fuentes sociales del Derecho- tesis positivista- sino también un conjunto de principios jerárquicos ordenados que están implícitos en el Derecho expícito (1). Como Hart subraya, "la especificación de este conjunto de principios implícitos constituyen una teoría general del sistema jurídico como un todo" (2). El Derecho explícito

---

(1) En el excelente ensayo, "American Jurisprudence through English Eyes...", cit., Hart analiza dos principales corrientes de la teoría del Derecho -norteamericana: a) por un lado, lo que literalmente Hart denomina "Pesadilla", "Litigants in law cases consider themselves entitled to have from judges an application of the existing law to their disputes, not to have, new law made for them", (p.972); ejemplo de esta doctrina sería la obra de J. Chipman G Gray "The Nature and Sources of the Law (1909), para quien el Derecho consiste en las reglas postuladas por los tribunales al decidir los casos, considerando las leyes y a los precedentes como meras fuentes del Derecho. Holmes decía que el Derecho había sido más bien un asunto de experiencia y no de lógica; para esta concepción el Derecho es incompleto, inconsistente e indeterminado; b) existe otra corriente opuesta a la anterior, que Hart califica de "Noble sueño", versión extrema que Hart atribuye a Dworkin, para la que el Derecho existente es tan rico y detallado que el juez se limita a descubrir las pautas y guías preexistentes ante la resolución de un caso controvertido. Hart propone una vía intermedia entre la "pesadilla" del Derecho vacío y el "noble sueño" del Derecho autosuficiente: el Derecho existente contiene gran número de reglas legislativas, consuetudinarias y precedentes, aunque no son ni suficientemente numerosas y ni precisas para decidir todos los casos, en cuyas decisiones el juez tendrá que ejercer inevitablemente su discrecionalidad. Dworkin, en una breve respuesta a la crítica de Hart (Taking Rights, cit., pgs.292-293), habiendo calificado a su modelo intermedio -parafraseando los adjetivos de Hart- como "una buena noche de descanso", rechaza la identificación que Hart hace de su teoría jurídica; dice Dworkin, "I hope to persuade lawyers to lay the entire picture of existing law aside in favour of a theory of law that takes questions about legal rights as special questions about political rights, so that one may think any rule or principle that already 'exists' provides that right" (p.293). Para Dworkin, en lugar de intentar elegir entre una de las dos confusas alternativas -o bien los jueces encuentran reglas en el "derecho existente" o bien crean nuevas reglas- es preciso preguntarse "whether judges try to determine what the parties have a right to have, or whether they create what they take to be new rights to serve social goals", (p.293).

(2) Hart, "El nuevo desafío...", cit., pág. 12.

to queda explicado y justificado por medio de esta teoría: explicado ("dimensión de adecuación") ya que cualquier parte del Derecho puede ser concretada como ejemplificación de tales principios y justificados, ya que los principios implícitos constituyen la teoría "más sólida" ("Soundest") o mejor justificación moral del Derecho explícito ("dimensión de moralidad"). ¿Qué sucede si los principios implícitos están en conflicto?. Dworkin no habla -como Hart- lo hace- de una elección o creación judicial del Derecho, sino de un desarrollo ulterior de una teoría omnicomprensiva del Derecho que identifique la mejor concepción de los valores fundamentales protegidos por el sistema (1). Como la justificación moral del sistema es una cuestión objetiva, que depende de "hechos morales", no existe discrecionalidad judicial: la labor del juez consiste, en cambio, en el descubrimiento de una preexistente moral objetiva implícita en el Derecho que suministra las pautas para la interpretación y resolución de los "casos difíciles". La refutación y resolución de la tesis positivista de la discrecionalidad judicial, depende, en última instancia, de la aceptación de una moral objetivista (2). Para Dworkin, al formular su "right thesis" (3), el juez debe investigar más allá de los principios jurídicos implícitos en las reglas particulares de un Ordenamiento Jurídico, debe buscar los principios generales implícitos en la totalidad del Ordenamiento: "A principle is a principle of law if it figures in the soundest theory of law that can be provided as a justification for the explicit substantive and institutional rules of the jurisdiction in question" (4). Por tanto, al

- 
- (1) Hart, "El nuevo desafío...", cit., p.12. La teoría alternativa de la adjudicación es propuesta por Dworkin en el ensayo "Hard Cases", cit., p.81-130. Dworkin reconoce que sólo un juez ideal (a quien denomina "Hércules") puede llevar a cabo esta labor de explicación y justificación. Hart ha subrayado en este punto la concepción objetivista de la moral que subyace en la teoría de la adjudicación de Dworkin. Así, dice Dworkin: "...the question of what principles are indeed principles of any particular legal system is itself a question of fact, and the question of what these principles require in a particular case is just a matter of ordinary professional judgement", cit., p.339. El estilo hercúleo de la adjudicación supera ampliamente el modesto uso de la analogía en el razonamiento judicial.
- (2) Sobre este tema, volveremos más adelante.
- (3) "...that judicial decisions enforce existing political rights". Dworkin, "Taking rights...", cit., p.87. Para una visión completa de la "right thesis", v. "Social Rules...", cit., pgs. 876 y 55.
- (4) "Social rules...", cit., págs. 876 y 55. De la misma forma, dice Sartorius: "The correct decision in a given case is that which achieves 'the best resolution' of existing standards in terms of systematic coherence", "Individual conduct and social norms", cit., pág. 196.

encontrarse el juez con un "caso constitucional difícil", es decir, con un caso en el que la Constitución no ofrece ninguna regla jurídica para su resolución, el juez debe:

1) en primer lugar, desarrollar una teoría política global que justifique la Constitución como un todo.

2) en segundo lugar, si hay varias teorías políticas que satisfacen el primer enunciado, el juez debe referirse a otras reglas constitucionales y prácticas establecidas -implícitas en las reglas- para seleccionar la teoría - que "provides a smoother fit with the constitutional scheme as a whole". Al decidir un "caso constitucional difícil", el juez "Hércules" desarrolla una teoría de la Constitución bajo la forma de un conjunto complejo de principios e intereses políticos que justifica el esquema de acción del poder político. Este mismo proceso se desarrolla por el juez ante un "caso difícil" no previsto por las leyes y el common law. Así, el juez "Hércules" debe construir un esquema de principios abstractos y concretos que proveen una justificación - coherente para todos los precedentes del Derecho Común, así como las provisiones legislativas y constitucionales.

#### B.3.3.4. Crítica de la "Right thesis" y conexión conceptual entre el Derecho y la Moral.

Para Dworkin, la cuestión de cuál conjunto de principios provee la mejor justificación moral, y por tanto, constituye la teoría más consistente del - Derecho explícito, es una cuestión acerca de una materia objetiva, distinguible de las teorías convencionalistas o relativistas de la moralidad social. Los juicios morales son para Dworkin juicios de simple hecho: Dworkin sostiene que hay "hechos morales" (1) descritos por juicios morales verdaderos, aunque, no habiendo medios para demostrar su verdad o falsedad, son esencialmente controvertidos. Dice Hart: "Esta teoría moral objetivista es vital para el

---

(1) "Taking Rights...", pág. 339.

éxito del ataque de Dworkin a la teoría de la discrecionalidad, ya que si - no existen tales hechos morales objetivos, lo más que puede hacer Hércules - cuando es llamado a determinar qué teoría del derecho es la más sólida y ofrece la mejor justificación moral del derecho explícito, es expresar sus propias preferencias después de una consideración imparcial de las consecuencias de cualquier otra decisión" (1). Y esto será simplemente un acto de creación juridica y, por tanto, un ejercicio de discrecionalidad.

Para Hart, tales afirmaciones, son claramente iusnaturalistas (2); no es que se niegue el carácter jurídico a las disposiciones que no se conforman - con standards morales específicos, sino que une conceptualmente Derecho y moralidad en los principios morales objetivos que figuran en la teoría más consistente del derecho, no debiendo su status jurídico a ninguna forma de incorporación.

Si la teoría antipositivista de la adjudicación pretendiera ser, simplemente, una teoría descriptiva y contingente de la adjudicación -constatación empirica del estilo "hercúleo" en algunas jurisdicciones- no contendría una alternativa crítica a las tesis de Hart. Es más, podría ser incluida en la teoria conceptual positivista de Hart (3). Sin embargo, el propósito de Dworkin no es simplemente ofrecer contraejemplos de la teoría positivista de la discrecionalidad. Dice Hart: "...esta teoría de la adjudicación se plantea sobre la base de que los jueces en ningún momento podrían evacuar adecuadamente sus obligaciones o función como tales, si no tratan de seguir el procedimiento que la teoría prescribe.

La teoría intenta ser una tesis científica-jurídica general que desafía no sólo la tesis de la separación conceptual del derecho y la moral y la tesis de las fuentes sociales del Derecho" (4). Dworkin niega la tesis fundamental

---

(1) "El nuevo desafío...", cit., pág. 13.

(2) El propio Hart ha sostenido que la teoría de Dworkin se puede caracterizar como una vía intermedia entre el Derecho Natural y el Positivismo juridico, ambas rechazadas explícitamente por Dworkin, cit., pág. 15.

(3) De la forma siguiente: La Regla de Reconocimiento exige el uso del procedimiento hercúleo como regla de decisión cuando otras fuentes del Derecho se muestran indeterminadas. La relevancia de los argumentos morales serían simplemente un ejemplo de la incorporación contingente de principios morales por un Ordenamiento Jurídico.

(4) "El nuevo desafío...", cit., pág. 14.

del Positivismo Jurídico: para él, los principios morales tienen relevancia jurídica 'proprio vigore', no debiendo su status de Derecho a ninguna forma de incorporación o a ninguna decisión normativa, ni práctica judicial, o a ningún consenso; son Derecho incluso si no están identificados como tales - por referencia a las fuentes sociales del Derecho. El reducir el Derecho al Derecho explícito identificado en fuentes sociales -prácticas sociales complejas- es para Dworkin una "inadequate conceptual theory of law" (1): como alternativa, constituye una teoría conceptual en la que los principios morales y políticos implícitos son también Derecho, aunque no deben su status jurídico a ningún tipo de fuente social; su teoría de la adjudicación se basa en la identificación por parte de "Hércules" de estos principios implícitos.

En este punto, Hart contrargumenta la tesis de Dworkin en base a diversas razones que podríamos resumir de la siguiente forma: (2).

A) Si la tesis de Dworkin pretende ser una teoría alternativa y global, - nunca podría aplicarse a Ordenamientos Jurídicos -como el suizo (3) que en su propia Constitución exijan a los jueces decidir los "casos difíciles" como "legisladores conscientes".

B) Es imposible determinar cuál de dos jueces competentes tiene razón sobre un asunto determinado en el que difieren acerca del contenido del componente moral "natural" del Derecho.

C) Para Dworkin, los derechos y deberes jurídicos son una especie de derechos morales: la aceptación por parte del juez de la práctica oficial de los tribunales y de la legislación del Parlamento (deberes jurídicos) implica - conceptualmente -siguiendo a Dworkin- la aceptación de principios legitimadores (deberes morales y políticos) (4).

---

(1) "Taking rights...", cit., XII.

(2) "El nuevo desafío...", cit., pág. 15 y 56.

(3) Vid. art. 1 del Código Civil suizo de 1972.

(4) "Taking Rights...", cit., págs. 105, 106 y 108. Dice Dworkin: "If a judge accepts the settled practices of his legal system...then he must, according to the doctrine of political responsibility, accept some general political theory that justifies these practices" (pág. 105).



Por tanto, según Dworkin, un juez tiene la obligación moral (lo que Dworkin llama "responsabilidad política") de formular los principios implícitos de moralidad objetiva que subyacen al Derecho explícito cuando éste está in determinado, ya que los individuos tienen derecho a que sus casos sean decididos consistentemente (1). Por su parte, Hart responde a este tesis de la siguiente forma (2): 1) en primer lugar, elegir entre principios y analogías en conflicto o incommensurables, en una forma de creación judicial del Derecho, y, por tanto, una forma de ejercicio de la discrecionalidad judicial.

2) En segundo lugar, Hart sostiene que si los principios subyacentes al Derecho son moralmente injustos, no habrán ningún mérito moral -y en casos extremos habrá gran perversidad- en extender la aplicación de estos principios a casos no regulados por el Derecho establecido. Si los principios subyacentes al Derecho son moralmente injustos, la justificación moral de tal Derecho mediante la apelación a tales principios parece que debe ser evitada, ya que no hay ningún derecho moral en la aplicación consistente en tales principios moralmente injustos; esto demuestra -argumenta Hart- que no existe conexión conceptual entre el Derecho y la Moral, sino tan sólo una posible conexión contingente en determinados sistemas jurídicos. Dworkin, en su réplica a Greenawalt (3) y a Richards (4) acepta tal posibilidad, admitiendo -separándose de esta forma de la tesis del Derecho Natural Ortodoxo- que lo que es jurídica mente correcto puede ser moralmente injusto, tanto en los casos claros del Derecho establecido como en los casos difíciles en los que se aplican los principios subyacentes. En este caso, el deber moral del juez será sentir y ocultar lo que el Derecho injusto es realmente (5). Esta concesión de Dworkin

---

(1) Dice Dworkin: "Individuals have a right to the consistent enforcement of the principles upon which their institutions rely" (p. 126).

(2) "El nuevo desafío...", cit., págs. 16 y 55.

(3) "Taking Rights...", cit., pgs. 294-330. El art. de Greenawalt, "Policy, Rights and Judicial Decision", Georgia Law Review, cit.

(4) "Taking Rights...", cit., pgs. 338-345. El art. de Richards, "Rules, Policies, and Neutral Principles: The search for Legitimacy in Common Law and Constitutional Adjudication", Georgia Law Review, cit.

(5) "Taking Rights...", cit., pág. 342: "...whether the principle is so unjust that it would be wrong for the judge to enforce any legal right it supplies, and right for him to lie in order to avoid doing so".

hace que Hart se pregunte: "¿Cómo entonces, después de estas concesiones, puede Dworkin mantener, que hay una conexión conceptual entre el Derecho y la Moralidad, y que "una adecuada teoría conceptual del derecho muestra que contiene una dimensión moral que explica y justifica el derecho explícito?" (1).

La pregunta plantea la crítica fundamental a la teoría jurídica de Dworkin: éste, a lo largo de su obra, ha mantenido que el Derecho correctamente entendido tiene una conexión conceptual con principios de auténtica moralidad objetiva, mientras que su conclusión es que en el caso de sistemas jurídicos injustos, la dimensión moral del Derecho puede consistir en principios que - están completamente en desacuerdo con la Moralidad, de forma que, un juez - que se da cuenta de ello, tiene una obligación moral de mentir, evitando de este modo la aplicación del Derecho. Estos principios, por tanto, no pueden justificar la aplicación del Derecho, al igual que los individuos no pueden tener un derecho "prima facie" a la aplicación consistente de los mismos en los "casos difíciles". Es decir, en los casos no determinados por el Derecho sería un absurdo hablar de justificación y obligación moral de aplicar principios morales injustos (2).

Creo que uno de los problemas fundamentales que subyacen a la tesis de Dworkin acerca de la unión conceptual entre Derecho y Moralidad, consiste en una confusión teórica entre el simple razonamiento jurídico y los requisitos formales de la validez jurídica. Para Dworkin, como hemos visto, no existe - tal diferencia: la pregunta ¿qué significa decir que existe una buena razón para la decisión de un tribunal? es similar, en definitiva, a la más genérica ¿qué es el Derecho?. Los problemas teóricos que conlleva el razonamiento jurídico se asemejan a los problemas teóricos de identificación y validez de las reglas del sistema, si bien la distinción entre la incertidumbre de una regla particular y la incertidumbre del criterio usado para identificarla co

---

(1) "El nuevo desafío...", cit., pág. 17.

(2) Otro caso sería si el Derecho determina específicamente lo que hay que hacer, en cuyo caso, se podría discutir si existe una obligación moral "prima facie" del juez en la aplicación de una ley moralmente injusta.

mo regla del sistema no es siempre clara (1). Dworkin confunde el punto de vista de un observador externo, interesado en la cuestión de determinar el contenido de un sistema, con el punto de vista del juez interesado en el problema práctico de determinar qué reglas debe justificadamente aplicar en sus decisiones. La introducción de la idea de la Regla de Reconocimiento tiene la finalidad de esclarecer cómo un observador identifica las reglas de un sistema, y no para explicar cómo los jueces razonan en su aceptación de las mismas.

El objetivo básico del positivismo jurídico tradicional ha sido la crítica de las teorías de Derecho Natural que afirmaban la incompatibilidad del carácter jurídico de las normas y su injusticia. Los actuales antipositivistas no aceptan la tesis clásica del Derecho Natural: para ellos, no se precisa ninguna referencia al contenido de las normas para determinar su carácter jurídico. Sin embargo, el ataque se dirige al antecedente de tal hipótesis: en algunos casos, no se puede precisar el carácter jurídico de una norma sin investigar primero su contenido; de esta forma, la separación hechos/valores, propia del positivismo se oscurece y la conclusión de que la norma es Derecho puede implicar la conclusión de que la norma no es injusta. Solamente cuando nos movemos de la "ambigüedad" al "caso difícil", el nuevo defensor del Derecho Natural considera esencial la no separación entre hecho y valor. Mientras que la pretensión del Derecho Natural clásico era el deseo de construcción de una teoría unificada de la obligación (sólo son normas jurídicas las que superan la primacía de las razones morales para la acción), el nuevo "Derecho Natural" -del que Dworkin sería un heterodoxo representante-, corroborando los límites del lenguaje humano, afirma que cuando el lenguaje jurídico no guía inequívocamente la conducta, el juez debe buscar lo que mejor se adecúe con la finalidad y coherencia del Ordenamiento Jurídico, reintroduciendo juicios de valor en las descripciones del Derecho.

---

(1) Sobre esta diferencia, vid. "C.D.", cit., pág. 184.

### B.3.3.5. Fuentes sociales del Derecho.

La "right thesis" de Dworkin, es decir, la tesis que sostiene la posibilidad de descubrir una única respuesta jurídica basada en el reconocimiento de derechos preexistentes frente a la tesis positivista de la discrecionalidad judicial, plantea numerosos problemas teóricos, empíricos y prácticos, algunos ya señalados (1). Ahora bien, si la "right Thesis" fuese correcta, ¿cuál sería la respuesta del positivismo frente a este contraejemplo de su teoría?

Para Soper (2), una posible respuesta sería la de considerar el test de reconocimiento de la teoría de Hart, no solamente como identificador de las reglas jurídicas, sino también como test capaz de identificar el propósito - normalmente aceptado para interpretar cada regla. Para los defensores de la "right thesis", tanto los standards jurídicos generales como los propósitos, contribuyen a la resolución de los "casos difíciles"; pero este proceso de descubrimiento de standards adicionales no difiere de la interpretación en los "casos fáciles", la atención se dirige hacia las reglas particulares y sus propósitos; en los "casos difíciles", en palabras de Dworkin, "the investigation now broadens to include the entire institution and all relevant rules and practices, together with underlying purposes. In this manner, one extracts a complex set of standards for use in finding the soundest solution to the case in question". Así dentro de la Regla de Reconocimiento -de carácter empírico, social- tendría cabida el "apoyo institucional" de los standards. Pero Dworkin rechaza esta pretendida subsunción (3), haciendo al mismo tiempo una importante distinción una cosa es -argumento Dworkin- una "regla normativa" que adscribe deberes a los individuos- independientemente de su aceptación o conocimiento- y otra es una "regla social" que solamente describe los deberes que, de hecho, son aceptados. La regla de Reconocimiento de Hart es una regla social, ya que describe la aceptación por parte de los operadores

---

(1) Sobre ello, vid. Soper, cit., pgs. 502-509.

(2) Soper, op.cit., pgs. 510 y 55.

(3) "Social Rules..."cit., págs. 876-878.

jurídicos de los criterios dotados de autoridad para la identificación de las reglas válidas del sistema. En cambio, la "right thesis" implica reglas normativas: implica un test que hace relevante la argumentación normativa para determinar la validez jurídica acerca de lo que se debe reconocer como práctica aceptada, independientemente si de hecho es así reconocido. Al aplicar un test de "apoyo institucional", tal y como es el utilizado por Dworkin, se utilizan argumentos normativos, es decir, argumentos acerca de lo que debe ser reconocido como práctica aceptada, y no argumentos sobre lo que es, de hecho, aceptado (1).

La polémica entre Hart y Dworkin en torno a la discrecionalidad judicial en los "casos difíciles" se podría reconvertir en una polémica sobre dos tipos de actividad judicial (2): a) por un lado, la actividad del juez -según Hart- al decidir un "caso difícil" es una actividad discrecional cuasi-legislativa, b) para Dworkin, el juez realiza una tarea "hercúlea" justificadora del sistema. Lo que fundamenta el sistema, es, en definitiva, una cuestión empírica acerca de la aceptación social de los criterios identificadores de las reglas válidas del sistema. La tesis de Dworkin, podría reintroducirse como criterio de la Regla de Reconocimiento de forma que los standards morales serían relevantes en las decisiones jurídicas porque, a su vez, son producto de la relevancia que les confiere -de forma contingente y no necesaria- las reglas sociales. La Regla de Reconocimiento puede contener cualquier criterio para la identificación de los standards que ella prescribe aplicar. Hart no excluye -en ningún caso que tal criterio pueda identificar a los standards jurídicos por su contenido general y no por su origen, de forma que la tesis de Dworkin

---

(1) Dworkin, por tanto, se opone a la justificación de proposiciones jurídicas sobre la base de prácticas sociales. Para Dworkin la regla de Reconocimiento de Hart no sólo tiene el defecto de no permitir identificar a los principios jurídicos, sino también el de estar concebida como una práctica social de la que se sigue el deber de los jueces de aplicar los standards que ella identifica; el reconocimiento de una práctica social no permite explicar las proposiciones de los jueces acerca de su deber de aplicar ciertos standards. La alternativa a la tesis de que las proposiciones acerca del deber de los jueces se justifican sobre la base de una práctica social, es, según Dworkin, la tesis antipositivista de que ellas presuponen una teoría o concepción normativa cuya validez no depende de que sea generalmente aceptada y que identifica reglas y principios. Los jueces recurren a tales concepciones normativas que difieren entre sí lo suficiente como para impedir una práctica uniforme.

(2) Soper, op.cit., pág. 513.

no afecta a la tesis central del positivismo de que el Derecho es un fenómeno social que puede ser identificado y descrito por un observador externo sin tomar partido acerca de su valor moral (1).

#### B.3.3.6. Valoración crítica.

La teoría conceptual de Hart trata de identificar y determinar las características más importantes que delimitan la peculiar estructura de los sistemas jurídicos. La teoría descriptiva de Dworkin- aunque sus pretensiones sean las de ofrecer una alternativa conceptual al modelo positivista- trata de esclarecer algunas características importantes de uno o más sistemas jurídicos particulares, sin pretender establecer ninguna definición del Derecho. Si una teoría descriptiva entra en conflicto con una teoría conceptual, esta última podría responder al contraejemplo suministrado por la primera de tres formas:

- 1) podría discutir la precisión de la descripción.
- 2) podría asumir la exactitud y precisión de las descripciones, pero podría negar su incompatibilidad con el modelo básico conceptual.
- 3) podría negar que la estructura descrita, es, de hecho, un sistema jurídico (2).

La Teoría de Dworkin podría ser considerada, en principio, una teoría descriptiva del sistema jurídico Anglo-Americano que trata de suministrar contraejemplos al modelo positivista conceptual de Hart, invocando, al mismo tiempo, una teoría normativa del Derecho, preferible al modelo criticado. La tesis central de la teoría positivista, es decir, la pretensión de que la validez jurídica está determinada por medio de un test compuesto por un conjunto

---

(1) Un examen analítico -utilizando el lenguaje simbólico de la lógica formal- del rechazo de Dworkin de la tesis positivista de las fuentes sociales del Derecho, puede verse en J.Raz, "The Authority of Law", cit., pgs.54 y ss., donde se llega a decir: "Professor Dworkin does not refute legal positivism. He prefers to ignore it" (p.59).

(2) Soper, cit., pág. 474.

de standards externos al punto de vista del juez que puede en teoría ser identificado empíricamente y que sirve como justificación última de las decisiones judiciales, no se acomoda, según Dworkin, a las características del sistema jurídico Anglo-Americano, descrito en las tres proposiciones siguientes:

1) Existe un único resultado correcto, desde un punto de vista jurídico, en cada caso judicial.

2) Al decidir los casos, los jueces nunca tienen discrecionalidad para seleccionar uno de los dos o más resultados igualmente permisibles.

3) El sistema jurídico, en un momento determinado, es un sistema completo y preciso. Los litigantes se presentan ante los tribunales con argumentos de principio, reclamado derechos preexistentes que los jueces deberán satisfacer, sin prestar atención a los argumentos de "intereses" (1).

La teoría de Dworkin podría ser considerada como un punto intermedio entre el positivismo jurídico y la doctrina del Derecho Natural, si bien con características propias y teniendo en cuenta que, tanto el positivismo como el iusnaturalismo, han modificado en muchos puntos sus viejas tesis. Dworkin acepta que la validez de una norma depende del sistema jurídico al que pertenece, siendo esto una tarea de averiguación empírica y no de razonamiento a priori. Ahora bien, podríamos resumir en ocho puntos las principales tesis de Dworkin en su crítica al positivismo jurídico (2):

- 1) Dworkin sostiene que el Derecho consiste no solamente en un conjunto de reglas, sino también está compuesto de principios, diferenciando ambos conceptos desde un punto de vista lógico.
- 2) Rechaza la noción positivista de la "Regla de Reconocimiento" poniendo en su lugar a un juez imaginario, "Hércules", cuya función, en los "casos difíciles", consiste en contruir la teoría, en términos de "derechos" y "principios", que mejor explique y justifique el Derecho establecido.

---

(1) Estos tres enunciados componen lo que Dworkin llama la "right thesis". Una defensa de la compatibilidad de la "right thesis" con el positivismo puede verse en R. Sartorius "Individual Conduct", cit., cap. 10 y "Social Policy...", cit., pág. 151

(2) Sigo en este punto, a J. Mackie, cit., págs. 4 y ss.

- 3) Como resultado de este método, Dworkin sostiene que en un Ordenamiento Jurídico desarrollado (como el de Inglaterra o el de Estados Unidos), la pregunta ¿cuál es la regulación jurídica aplicable? siempre tiene una respuesta correcta, teniendo el juez obligación de descubrirla. Una de las dos partes litigantes siempre tendrá un derecho a su favor. Como dice Dworkin, "Judicial decisions enforce existing political rights" (1).
- 4) Aunque los jueces tengan discrecionalidad en los "casos difíciles" -en un sentido muy débil de la palabra 'discrecionalidad'-, nunca tienen discrecionalidad en sentido fuerte, es decir, nunca podrían excluir una de dos posibles alternativas.
- 5) Los jueces nunca necesitan actuar como legisladores incluso en los casos difíciles.
- 6) Como los jueces no legislan, deben limitarse a argumentar en base a consideraciones de principio, no de intereses sociales, aunque en el Derecho Penal pueden darse algunas excepciones.
- 7) Dworkin rechaza la tradicional tesis positivista de la separación entre el Derecho y la Moralidad, ya que la tarea del juez "Hércules" -al identificar el Derecho posee una dimensión moral al llevar a cabo juicios morales sustantivos, juicios lógicamente diferenciables de la moral social convencional y de las reglas sociales aceptadas.

La teoría jurídica de Dworkin contiene elementos descriptivos y prescriptivos. Pretende ser, tanto una construcción teórica que describa de forma satisfactoria el razonamiento jurídico (confundiendo de esta forma la mera fenomenología de la decisión judicial con la estructura y función del Derecho), como una justificación normativa y moral de procedimiento judicial. Desde el punto de vista descriptivo, se podrían plantear numerosas objeciones (2).

---

(1) Cita que tomo de J. Mackie, cit., pág. 4.

(2) V. Mackie, cit., págs. 6 y ss.



a) Los jueces operan de una forma más limitada en sus funciones que en la denominada función "hercúlea" de la teoría de Dworkin; además, las posibles referencias a los "principios" no exige el tratamiento "holístico" que Dworkin confiere al razonamiento e interpretación judicial.

b) La referencia a argumentos de "principio" basados en derechos "pre-existent" no implica la imposibilidad lógica de referirse a "intereses sociales" como parte de la argumentación judicial .

c) La teoría de Dworkin implica la posibilidad de medir exactamente las pretensiones en conflicto, teniendo la seguridad de que una de las partes tendrá un derecho preexistente "superior".

d) Los juicios morales del juez "Hércules" contienen un elemento subjetivo irreductible que imposibilita una construcción teórica objetivamente válida.

Evidentemente, se podrían plantear más objeciones empíricas, teniendo en cuenta los procesos de argumentación judicial en referencia a casos particulares. Por otro lado, desde el punto de vista prescriptivo, las tesis de Dworkin no solucionan el problema de la certidumbre y seguridad en el Derecho, ya que la referencia a "principios" hace que el Derecho se nos presente como un objeto más indeterminado que el punto de vista positivista de la regla social de Reconocimiento. La tesis positivista de la "discrecionalidad judicial" no implica mayor indeterminación que la tesis del juez "Hércules". Así, el profesor Mackie, al referirse a la teoría jurídica de Dworkin, dice: "Like the natural law doctrine, this theory allows the consciences and the speculations of judges to intervene more significantly between what the legislative and executive branches try to do - or, for whatever reason, leave undone- and the law as it actually operates" (1).

Independientemente de las críticas particularizadas que a lo largo de este tema he intentado exponer, creo que la pretendida visión holística y pre-

---

(1) Mackie, op. cit., pág. 16.

cisa del Derecho que Dworkin quiere incorporar a su teoría se derrumba en función de la propia estructura del lenguaje normativo. En otro apartado de esta tesis (1) he intentado precisar la visión de Hart acerca de la estructura abierta del lenguaje jurídico, con sus zonas de claridad, oscuridad y penumbra; tan sólo creo necesario recordar aquí la idea hartiana de que la textura abierta del lenguaje apoya la conclusión de que no hay órdenes jurídicos sin lagunas. Hart rechaza la invitación a ampliar el significado de "Derecho" a las pautas valorativas y los criterios de conveniencia social que se usan para decidir racionalmente los casos de "penumbra". Dos son las razones fundamentales que Hart expone para rechazar la tesis de Dworkin "avant la lettre" (2):

a) en primer lugar, dice Hart, las normas jurídicas pueden presentarse de manera menos misteriosa: se puede decir simplemente que las normas jurídicas "padecen de una incurable insuficiencia" (o son "esencialmente incompletos"), y que aquellas pautas o criterios valorativos no forman parte del sistema jurídico, sino que sirven para suplir su irremediable déficit.

b) en segundo lugar, admitir que esas pautas o criterios valorativos son parte del sistema con iguales o mejores títulos que las reglas cuya aplicación cotidiana cubre la enorme mayoría de los casos, es admitir que no hay ningún elemento central del derecho vigente que pueda ser visto como un núcleo de significado central de las reglas, o, lo que viene a ser lo mismo, que en la naturaleza de una regla no hay nada incompatible con que todas las cuestiones estén abiertas a reconsideración a la luz de criterios de conveniencia social. Hart entiende que ello borraría una distinción que debe ser mantenida entre el Derecho establecido y las pautas o standards valorativos de interpretación. Si bien las reglas tienen una zona de penumbra, tienen también un área de incuestionable aplicación.

Una teoría del razonamiento judicial requiere -y es exigida por- una -

---

(1) Vid. la primera parte referida al análisis del lenguaje jurídico.

(2) "C.D.", cit., pág. 40.

teoría del Derecho (1). Dworkin argumenta diciendo que la crítica al modelo conceptual de Hart se fundamenta en el análisis crítico de sus relaciones con el razonamiento judicial (2); su modelo conceptual del Derecho es insostenible porque no describe plausiblemente el proceso de adjudicación, en base a cuatro razones principales: 1) el modelo de Hart no tiene en cuenta a los "principios" en el proceso de la argumentación judicial (3).

2) el modelo de Hart caracteriza equivocadamente la discrecionalidad judicial (4).

3) los principios no son identificables por su "pedigree" mediante el concepto de Regla de Reconocimiento (5).

4) la teoría de las reglas sociales, sustentadora del concepto de la Regla de Reconocimiento, es insostenible (6).

Como hemos visto en los apartados precedentes, el profesor Dworkin, junto a estos argumentos destructivos del modelo jurídico de Hart, propone dos tesis constructivas:

- 1) La característica básica de los principios jurídicos, entendidos generalmente como una subclase de los principios políticos, consiste en que identifican los derechos de los ciudadanos -considerados como individuos-, siendo de ésta forma diferenciables de las "policies" que identifican o determinan propósitos colectivos (7).
- 2) Los derechos de los ciudadanos, "deben ser tomados en serio" ("taking rights seriously") en los casos difíciles y en los casos no controver-

---

(1) Sobre este punto, vid. la excelente obra de N. MacCormick, "Legal Reasoning and Legal Theory", Oxford University Press, 1978, especialmente pgs. 299 y ss.

(2) Vid. "Taking Rights...", cit., págs. 1-4, 12, 13.

(3) "Taking Rights...", cit., p. 22-26, 71-82, 90-100. Dworkin, en este punto, está en deuda -como ha reconocido- con R. Pound, "An Introduction to the Philosophy of Law", ed. rev., Londres, 1954; v. "Taking, Rights...", p. 38.

(4) "Taking Rights...", cit., págs. 31-9, 68-71.

(5) "Taking Rights...", cit., págs. 21, 36, 39-45, 64-68.

(6) "Taking Rights...", cit., págs. 46-80.

(7) Sobre la diferencia entre principios y "policies", vid., N. MacCormick, "Legal Reasoning...", cit., págs. 259 y ss., donde revisa críticamente la distinción de Dworkin.

tidos, no debiendo ser trivializados -como ha hecho el positivismo jurídico- al ser considerados sus detentadores como simples beneficiarios de una fuerte discrecionalidad judicial ejercida en su favor por medio de un procedimiento legislativo retroactivo (1).

Ahora bien, teniendo en cuenta lo que se ha dicho en los apartados precedentes, la característica que determina la cualidad "jurídica" de los principios -y por tanto, su posible inclusión en el proceso del razonamiento judicial y, en última instancia, en el concepto de Derecho- está implicada en su real o potencial función explicativa y justificadora en relación con el Derecho establecido, es decir, en relación con las reglas jurídicas identificadas o determinadas por medio de los criterios establecidos por la Regla de Reconocimiento (2). La inclusión de los principios en el proceso del razonamiento judicial, no implica el abandono de las tesis del positivismo jurídico defendidas por Hart, que, en última instancia, podrían ser reconducidas a la distinción entre la descripción de un Ordenamiento Jurídico y la evaluación normativa del Derecho descrito.

Según la ya clásica distinción de Bobbio del positivismo jurídico como metodología, ideología y teoría (3), la obra de Hart tan sólo podría ser enmarcada dentro de la primera clasificación (4). El rechazo por parte de Hart de la existencia de una obligación moral de obedecer al Derecho -positivis-

---

(1) "Taking Rights...", cit., págs. 81-86, 279-90.

(2) Vid. N.MacCormick, "Legal Reasoning...", cit., págs 238; vid también, T. M.Benditt, "Las as Rule and Principle", cit., pág. 89.

(3) "Sul positivismo giuridico", en "Rivista di filosofia", vol LII, 1961, p. 14-34, reproducido en "Giusnaturalismo e positivismo giuridico", Milán, ed. Comunità, 1966, cap.V.P.101-126 (hay trad.cast. de E.Garzón Valdés y G.R.Carrió, en "El problema del psotivismo jurídico", Eudeba, 1966. El artículo de Bobbio está escrito al año siguiente del célebre coloquio de Bellagio de septiembre de 1960. Sobre este seminario, vid. Richard A.Falk y Samuel I.Shuman, "Un colloquio sul Positivismo Giuridico", Rivista di Diritto Civile, págs. 542-557.

(4) Vid. en este sentido, C.D., cap. IX, op.cit., esp. p.258-261. Vid también W.J.Uren, "Criteria of Legal Positivism", ARSP. LV/2,1969,p. 183-231.

mo jurídico como ideología-, así como su rechazo de una concepción del Derecho como voluntad del soberano -crítica de Hart a Austin-, de la teoría legislativa de las fuentes -teoría de la Regla de Reconocimiento- y de los dogmas de coherencia, plenitud y función declarativa de los jueces- estructura abierta del lenguaje jurídico, discrecionalidad judicial e incertidumbre de la -Regla de Reconocimiento-, imposibilita sostener la tesis de que el positivismo jurídico de Hart representa una nueva versión del positivismo jurídico -decimonónico.

¿Cabe incluir a Dworkin en la defensa del positivismo jurídico como metodología? (1). Al contestar a la crítica del profesor D.A.J. Richards -para quien Dworkin elude la distinción entre principios jurídicos y morales - (2)-, dice Dworkin: "Richards...thinks that legal philosophy has only two - choices here. We must stand with the positivists, who insist that it is always just a question of fact what the law is. Or we must fly with the most extreme of the natural lawyers, who say that there can be no difference between principles of law and principles of morality. But both of these extreme views are wrong. In some cases the answer to the question of what the law - requires depend on (though it is never identical with) the question of what background morality requires, so that it is a mistake to describe the first question as simply a question of fact...This is so not only in cases in which some legislative source deliberately embeds moral tests in legal rules, but also in cases in which it is controversial what the law requires because no legislative source has said anything decisive at all. It is so not only when legal principles embodying moral concepts are concededly decisive of legal - arguments, but also when the question in play is just the question of what - principles are to be taken as decisive.

- 
- (1) En un reciente artículo -"Professor Dworkin's Views on Legal Positivism", op.cit.- el profesor Carrió sostiene una respuesta afirmativa. A partir de ahora, citaré este clarificador trabajo de Carrió por su versión italiana -trad. de R.Guastini- "Le opinioni del prof. Dworkin sul positivismo giuridico", en 'Materiali per una storia della cultura giuridica', vol. X, nº 1, 1980, Il Mulino, Bolonia. 1.
- (2) "Rules, Policies, and Neutral Principles: The Search for Legitimacy in - Common Law and Constitutional Law, Georgia Law Review, op.cit., págs 1081 -1082.

But of course it does not follow from any of this either that the law is always morally right, or that what is morally right is always the law, - even in hard cases. (1).

La cita es larga, pero creo que ha sido interesante reproducirla, ya - que lo que en definitiva rechaza Dworkin es una conexión necesaria entre Derecho y Moral, negando la acusación de Richards. En definitiva, dirá Dworkin: "Do I think that legal principles are always moral principles?... the proposition might mean that legal principles are always sound or correct moral principles...I do not think that" (2). En principio, pues, Dworkin puede que dar situado dentro del positivismo jurídico como metodología.

Por su parte, el profesor Greenawalt, en su artículo "Policy, Rights - and Judicial Decision" (3), independientemente de su crítica del uso de la - distinción entre argumentos de "principio" y argumentos de "policy" (4) llevada a cabo por Dworkin, sostiene la tesis de la ausencia de un deber jurídico por parte del juez en la aplicación de un derecho subjetivo si éste está en conflicto con determinados derechos morales (5). Por su parte, Dworkin, - después de una elaborada y detallada respuesta al artículo de Greenawalt (6) argumenta del siguiente modo (7): Los derechos subjetivos son derechos insti tucionales, es decir, derechos genuinos que ofrecen importantes y poderosas - razones para decisiones de tipo político. Los derechos morales, en los "ca- sos difíciles", pueden servir de guía para el juez en el cálculo acerca de - qué tipo de derechos subjetivos son aplicables, por lo que para Dworkin, en - principio, los derechos subjetivos y los derechos morales no son conceptual-

---

(1) "A Reply to Critics", op.cit., p. 341-342. El subrayado es mío.

(2) "A Reply to Critics", op.cit., pág. 343.

(3) Georgia Law Review, op.cit., p.991 y ss.

(4) Sobre esta distinción, vid. Giorgio Rebuffa. "Constituzionalismo e Gius- naturalismo: Ronal Dworkin e la riformulazione del diritto naturale", Ma terial, per una storia della cultura giuridica, vol. X, nº 1, 1980, p.209 -229., esp. p. 215 y ss.

(5) Greenawalt, op.cit., pág. 1051.

(6) "A Reply...", op.cit., págs. 294 y ss.

(7) "A Reply...", op.cit., págs. 326-327.

mente distintos, a diferencia de las tesis positivistas. Ahora bien, hay casos en los que los derechos institucionales está claramente determinados por reglas o standards jurídicos específicos, existiendo la posibilidad de un conflicto claro con los derechos morales. En estos casos -dice Dworkin- el juez, al tratar de buscar una solución moralmente justa, se encuentra ante un conflicto: por un lado, los derechos institucionales, es decir, los derechos reconocidos jurídicamente, ofrecen una razón genuina -cuya importancia dependerá de la justicia o injusticia general del sistema- para proceder en determinada dirección, mientras que, por otro lado, determinadas consideraciones morales ofrecen una importante razón en contra. Si el juez se decide por esta segunda razón, entonces deberá mentir, ya que no puede desvirtuar el contenido de los derechos subjetivos. En este sentido, Dworkin concuerda con el profesor Hart -y aquí cita expresamente su ensayo "El Positivismo jurídico y la separación..."- al decir que este tipo de mentira no puede ser objeto de la teoría jurídica, diciendo que en este caso los derechos subjetivos corresponden efectivamente con los derechos morales. Así, dirá Dworkin: "We do well enough, in such a case, with the accurate description, which is that legal and moral rights here conflict... If the institutional legal right does conflict with morality, in spite of the influence that morality must have on the right answer in a hard case, then jurisprudence must report the conflict accurately, leaving to the judge both the difficult moral decision he must then make and the lie he may be forced to tell" (1). Es decir, Dworkin, a pesar de su expresa afirmación de que los derechos morales y jurídicos no son conceptualmente distintos, al admitir su posible conflicto, puede admitir la tesis positivista -desde un punto de vista metodológico- de que las reglas moralmente injustas pueden ser jurídicas (2). Efectivamente, si tenemos en cuenta el anterior análisis de la obra de Dworkin llevado a cabo en este apar

---

(1) "A Reply...", op.cit., pág. 327. El subrayado es mío.

(2) Vid. en este sentido. G.R. Carrió, "Le opinioni del Prof. Dworkin...", op.cit., pág. 161. No obstante, la ambigüedad es persistente en la obra de Dworkin.

tado, para el profesor norteamericano, refiriéndose en última instancia a la Constitución de los E.E.U.U., se podrían enunciar dos principios fundamentales:

1) la Constitución incorpora expresamente algunos principios morales y los transforma en criterios últimos de validez jurídica con respecto a las reglas subordinadas del sistema.

2) los jueces norteamericanos, a través de la práctica de control de constitucionalidad difuso ("judicial review"), pueden rechazar el reconocimiento como reglas válidas del sistema a aquellas que no satisfacen standards morales.

Ahora bien, tales proposiciones no son incompatibles con la defensa de las tesis del positivismo jurídico como metodología, ya que lo que afirma esta concepción es la separación conceptual entre Derecho y Moral, y lo que afirman los enunciados 1. y 2. es, al fin y al cabo, una conexión contingente, no necesaria ni conceptual. Es decir, esta conexión depende del hecho de que la práctica de los jueces del Ordenamiento Jurídico norteamericano muestre que los principios morales incorporados a la Constitución son aceptados y aplicados como criterios de validez jurídica. La aceptación de este criterio de validez es una cuestión de hecho.

Aceptado este planteamiento, podemos admitir la tesis del profesor Carrío que sostiene que la crítica de Dworkin a Hart se fundamenta en una falsificación y deformación de sus planteamientos; las opiniones atribuidas a Hart criticadas por Dworkin no pertenecen al positivismo jurídico como metodología, por lo que no pueden considerarse críticas antipositivistas en el sentido que Hart le da a este término (1). Siguiendo el modelo de Bobbio anteriormente citado, se podría formular el siguiente resumen comparativo crítico:

---

(1) Así, dirá Dworkin: "In quel senso di positivismo giuridico e nonostante qualche apparenza contraria, Dworkin non è meno positivista di Hart" ("Le opinioni...", op.cit., pág. 164).



1) Dworkin no tiene ninguna razón en atribuir a Hart una teoría positivista de las fuentes ("that law is the product of deliberate and purposeful - decision by men and women planning, through such decisions, to change the community through general obedience to the rules their decision create" (1)) - propia del positivismo jurídico como teoría.

2) Dworkin atribuye a Hart una teoría del Derecho como sistema de reglas específico; ahora bien, creo que Dworkin interpreta mal el sentido que Hart confiere al término "regla", ya que, mientras que Dworkin considera a las reglas - a diferencia de los principios - sujetas a la forma "todo o nada", el concepto de Hart es mucho más amplio y complejo.

3) Dworkin afirma que la Regla de Reconocimiento al identificar los criterios de validez jurídica de las reglas en función de su origen o "pedigree", sólo puede aplicarse al Derecho promulgado (en sentido amplio). Sin embargo, creo que no hay ningún obstáculo para que la Regla de Reconocimiento pueda - identificar los principios del sistema, al basarse, en última instancia, en una práctica social institucionalizada.

4) Dworkin atribuye a Hart el "modelo normativo" de la función judicial; según esta versión, si un caso no está cubierto por las reglas específicas que constituyen el Derecho, el juez goza de una discrecionalidad absoluta -en el sentido fuerte de esta palabra que implica una ausencia de cualquier tipo de deber-. Como dice Carrió, interpretando la atribución que Dworkin concede a Hart, "...egli (el juez) è libero di applicare a quel caso delle regole generali create 'ex post facto' da lui stesso, come se fosse legislatore, guidato solamente da considerazioni morali o di politica sociale, del tipo di quelle solitamente prese in considerazione dai legislatori quando emanano regole generali" (2). Ahora bien, la tesis de la discrecionalidad judicial en Hart

---

(1) "Taking Rights...", op.cit., p.X.

(2) Carrió, "Le opinioni...", op.cit., pág. 166. Dworkin expone esta interpretación en "Taking Rights...", op.cit., págs 17, 34 y 80.

frente a las teorías extremistas -tanto del positivismo formalista como del realismo jurídico -que bosquejan la función judicial sin posibilidad de dudas- por exceso o por defecto de regulación jurídica- podría ser formulada como de una discrecionalidad "ponderada" (1), a diferencia de la discrecionalidad "legislativa" que le atribuye Dworkin.

5) Por último, Dworkin critica la teoría de las reglas sociales del deber, es decir, la tesis de Hart que sostiene que todo deber presupone la existencia de reglas sociales. Para Dworkin esta teoría es falsa, en primer lugar, como teoría del deber judicial (2); tan sólo una regla normativa -argumenta Dworkin-, basada sobre la existencia de ciertas condiciones normativas, puede justificar la existencia de deberes de todos los tipos, por ejemplo, el juez no puede estar "vinculado" a aplicar el Derecho sobre la base de la existencia de una regla social no normativa: de una regla social -fáctica- no se puede derivar un deber (3). Con respecto a este punto cabría hacer dos observaciones: a) en primer lugar, se puede decir que el análisis de Hart del concepto general de obligación, fundamental dentro del contexto general de su teoría del Derecho, se aplica a todos los deberes que nacen de varios fenómenos sociales, como es la moral social o el Derecho positivo, sin que pueda extenderse a otros tipos de deber; b) en segundo lugar, Hart no aplica su análisis del concepto general de deber a la posición -mas compleja- del juez den

---

(1) Sobre las diversas fases del concepto de discrecionalidad en Hart, vid.- Carrió, "Le opinioni...", op.cit., págs. 171-172. Por otro lado, cabe decir que aunque la teoría descriptiva de Dworkin sobre la función hercúlea del juez fuese correcta, esta constatación no serviría para criticar el positivismo jurídico como método, ya que éste solo defiende la tesis de la separación conceptual entre Derecho y Moral.

(2) "Taking rights...", op.cit., pág. 50.

(3) Siguiendo al prof. Carrió, (op.cit. p.177) podemos formular dos suposiciones implícitas en la tesis de Dworkin: por un lado, da por cierto -que el análisis de Hart del concepto general de obligación se propone explicar todo tipo de deber; por otro lado, da por cierto que la Regla de Reconocimiento impone a los jueces el deber de aplicar los standards identificados de acuerdo con tales criterios. En definitiva, Dworkin centra su crítica en la necesaria existencia de una "condición normativa" ("normative state of affairs") para la determinación de cualquier tipo de deber u obligación).

tro de la estructura de un Ordenamiento Jurídico. El status normativo del juez es bastante más complejo que el de los ciudadanos, de modo que sus respectivos deberes poseen matices y diferencias específicas. Como ha dicho Hart, "la palabra 'obediencia' tampoco describe bien lo que hacen los jueces cuando - aplican la regla de reconocimiento del sistema y reconocen una ley como derecho válido al usarla en la solución de controversias" (1).

---

(1) C.D., op.cit., p. 140. Del mismo modo dice Hart: el "interés meramente - personal en las reglas, que es todo el interés que el ciudadano ordinario puede tener al obedecerlas, no caracteriza, ni podría hacerlo, la actitud de los jueces frente a las reglas que ellos manejan al actuar como tales" (op.cit., pág. 144).

## CONCLUSIONES

1. El propósito de la teoría analítica del Derecho en Hart ha tenido siempre como guía una mejor comprensión del Derecho y de los conceptos jurídicos, es decir, una clarificación de la estructura general del pensamiento jurídico, subrayando tanto su valor teórico como su valor práctico. Desde el punto de vista de la filosofía del lenguaje, la obra de Hart puede quedar enmarcada dentro del contexto de la filosofía analítica del lenguaje ordinario o escuela de Oxford. Dentro de la cultura jurídica inglesa, J. Bentham y J. Austin han representado el precedente más clarificador y directo de la teoría analítica del Derecho ("Analytical Jurisprudence"), siendo considerados, precursores directos de la revolución del giro analítico en el ámbito de la teoría del Derecho. Desde el punto de vista filosófico, la escuela de Oxford ha representado el desarrollo más interesante de la obra del "segundo" Wittgenstein, como crítica del construccionismo y reduccionismo del lenguaje propugnado por el atomismo lógico y por su desarrollo posterior elaborado por el positivismo o empirismo lógico del Círculo de Viena. Hart, enmarcado en el contexto intelectual de Oxford durante los años cuarenta y cincuenta, constituye la elaboración más interesante de la aplicación de la filosofía analítica del lenguaje al ámbito jurídico. Los filósofos del lenguaje ordinario -sobre todo, G. Ryle, S. Hampshire y, de modo especial, J.L. Austin- contribuyeron decisivamente a la tarea que Hart desarrollaría con posterioridad. Su preocupación por el análisis del lenguaje social, siempre ha estado motivado por su creencia en que muchas distinciones importantes - que no son inmediatamente evidentes - entre diversos tipos de relaciones y situaciones sociales y jurídicas, podían ser esclare-

cidas de un modo más riguroso y convincente mediante el análisis de los usos típicos de las expresiones relevantes y del modo en que éstas dependen de un contexto social que a menudo no se expresa. El análisis del lenguaje tiene en Hart como función primordial el análisis social de las instituciones.

2. La distinción analítica más interesante - y por ello más discutida - de Hart ha consistido en la diferenciación de dos tipos diversos de lenguaje : el aspecto "interno" ( y su actitud asociada, el "punto de vista interno") y el aspecto "externo" ("punto de vista externo") del discurso. El uso interno del lenguaje es característico de quienes aceptan las normas jurídicas y se sirven de ellas como guía de su propia conducta y/o para valorar críticamente la conducta de los demás. Los enunciados "externos" son típicos del observador que no acepta las reglas de la sociedad que está observando , aunque puede describir el hecho de que otros miembros de la sociedad aceptan esas normas. Uno de los temas centrales de la teoría jurídica de Hart, consiste en que, ni el Derecho, ni ninguna otra forma de estructura social, puede ser comprendido sin una apreciación de la distinción crucial entre estos dos tipos de enunciados, que pueden ser observados en cualquier contexto donde se formulen reglas sociales. Precisamente, el discurso "interno" será necesario no sólo para explicar y comprender los fenómenos jurídicos, sino también para comprender la naturaleza de las normas sociales y distinguirlas de los simples hábitos sociales: mientras que en éstos tan sólo se produce una simple convergencia de hecho, en aquellas predomina el lenguaje normativo interno de la aceptación.

La distinción entre discurso interno y externo plantea numerosos problemas metodológicos y teóricos, como he intentado exponer en los ap. A.1.2.2., A.3.2., A.3.3. y B.2.6. Sin embargo, su capacidad de análisis y la sugerencia de nuevos planteamientos metodológicos merecen un estudio y atención especial.

3. La disyunción entre formalismo y escepticismo ante las reglas ha sido definida por Hart como el Scylla y Caribdis de la ciencia jurídica. Frente al formalismo, Hart argumentará a favor de la textura abierta del lenguaje jurídico - en general, la textura del lenguaje, y, especialmente, el lenguaje normativo - : las palabras y conceptos jurídicos son vagos -junto a un núcleo de significado preciso, existen zonas de penumbra - y ambiguos -es decir, poseen más de un significado establecido-. Junto a los casos claros, en los que la interpretación del significado de las reglas no ofrece en principio muchas dificultades, existen casos "difíciles", en los que el intérprete se ve forzado a adjudicar un sentido nuevo guiado por standards de diversos tipos. El reconocimiento de la textura abierta del lenguaje supone el abandono de los dogmas de plenitud y coherencia del Ordenamiento Jurídico del positivismo jurídico clásico. Ahora bien, a pesar del campo abierto al ejercicio de la discrecionalidad por parte de los jueces y funcionarios, este tipo de actividad tiene lugar dentro de una estructura consistente en reglas generales, reglas que no sólo orientan sus funciones, sino que otorgan las potestades y competencias correspondientes para su ejercicio. De este modo, frente a las diversas variedades del escepticismo ante las reglas, Hart opone una concepción normativa del Derecho en la que las reglas no pueden ser simplemente identificadas con las predicciones de su aplicación.

4. Las clásicas definiciones "per genus et differentiam", al ofrecer un conjunto de palabras que pueden siempre sustituir a la palabra definida, ofreciendo un sinónimo o una traducción comprensible de la expresión que nos desconcierta, es peculiarmente apropiada cuando las palabras cumplen una función representativa de cierta clase de cosa, cualidad, persona, proceso o acontecimiento. Ahora bien, para Hart, los conceptos jurídicos fundamentales plantean cuestiones acerca de la categoría general a la que algo pertenece y acerca de cómo se relaciona con los hechos cierto tipo de expresión general.

Por ello, frente al tipo de definiciones clásicas, Hart propone una explicación natural, por medio de definiciones contextuales, que especifique las condiciones bajo las cuales la proposición a explicar es verdadera, mostrando cómo se usa al extraer una conclusión de las reglas en un caso particular.

5. La interpretación causalista de la conducta ha sido la explicación predominante en la tradición analítica desde sus comienzos, análisis coherente con su peculiar reduccionismo. Hart puede quedar enmarcado dentro del influjo liberalizador de la segunda etapa del pensamiento de Wittgenstein, etapa que determina la aparición de una interpretación teleologista de la conducta humana en términos de acción. La relevancia del modelo intencional de "seguir la regla" como modelo explicativo de nuestras acciones, al menos de aquellas que, como las acciones normativas, presuponen la existencia de una institución compleja o práctica social, supera en el modelo de Hart la explicación de la conducta humana en términos de conceptos causales. La función "adscriptiva" del lenguaje y el carácter "revocable" o "excluíble" de los conceptos jurídicos, aunque han sido tesis abandonadas por el propio Hart, contribuyeron en alguna medida a superar la falacia "descriptiva" del lenguaje. Sin embargo, la extensión de estas características al lenguaje o discurso general de la acción humana, implica una extrapolación inexacta y poco rigurosa. Lo más valioso del planteamiento de Hart ha consistido en el intento por comprender la noción de causalidad en los términos de acción humana. En definitiva, el análisis de Hart del lenguaje jurídico demuestra que el discurso jurídico tradicional y el lenguaje ordinario tienen un significado propio que constituye la base de una teoría autónoma de la definición jurídica. Hart ha sostenido la tesis de la irreducibilidad de los enunciados de conceptos jurídicos, por la que, toda descripción del significado de los conceptos jurídicos debe incluir siempre una referencia a las reglas jurídicas y, además, los conceptos jurídicos no pueden ser referidos a "cosas", ni siquiera a las cosas cuya existencia es necesariamente presupuesta. Para Hart, es posible

ofrecer explicaciones genuinas de los conceptos y enunciados jurídicos, los cuales tienen una forma "sui generis": no pueden ser lógicamente equivalentes a conceptos y enunciados no jurídicos. Ahora bien, la defensa de tales tesis exige la construcción de una teoría semántica que Hart no ha llevado a cabo.

6. Habiendo diferenciado dos tradiciones en la historia de la explicación científica, Hart se sitúa en la tradición aristotélico-teleológica frente a la tradición galileano-causalista. La teoría jurídica de Hart representa un eslabón más de la ruptura del monismo metodológico anglosajón, influido en este punto directamente por Wittgenstein y Winch. Para Hart, la descripción y explicación de los fenómenos sociales implica una comprensión y explicación de sus reglas internas. En este sentido, desde el punto de vista de la filosofía y metodología de las ciencias sociales, el discurso interno de Hart se constituye como un método imprescindible de descripción social. La descripción de los singulares fenómenos humanos implica una comprensión de las situaciones descritas y aprehendidas por los sujetos cuyo comportamiento es precisamente el objeto de la descripción y comprensión; es decir, es imprescindible tener una referencia de la estructura conceptual de los sujetos. La estructura de los fenómenos sociales que son objeto de la teoría del Derecho es paradigmáticamente normativa. El análisis de Hart presupone que los fenómenos normativos, en general, y los fenómenos jurídicos en particular sólo pueden ser comprendidos si hacemos alguna referencia a las actitudes de los sujetos respecto de su propia conducta social. Claro está que para comprender este tipo de conexiones normativas es necesario referirse a los hechos sociales que están implicados en tales conexiones. Así, los enunciados de validez de las reglas de un Ordenamiento Jurídico positivo presuponen, en el contexto de la obra de Hart, la existencia de la Regla de Reconocimiento del sistema, cuya aceptación comporta una elección política que se manifiesta, tanto desde el punto de vista de la ciencia como de la práctica del Derecho, en el modo de lle



var a cabo la voluntad política que subyace al Derecho positivo. El discurso jurídico interno de Hart pretende ser el único criterio ex p l i c a t i v o del discurso mediante el cual los juristas identifican las Reglas de Reconocimiento de sus Ordenamientos. Las limitaciones del pretendido carácter descriptivo de este tipo de discurso se fundament a n en las implicaciones políticas, implícitas y explícitas, que suby a c e n, no sólo al discurso interno objeto de su análisis, sino al pro p i o discurso interno del teórico del Derecho.

7. La pretensión fundamental de la teoría jurídica de Hart no consiste en la determinación y precisión de una definición del D e r e c h o, sino en el establecimiento de las reglas y condiciones para el uso correcto o característico de tal término. El problema de la dis t i n c i ó n del Derecho, como mecanismo de control social, respecto de la moral y la coerción, es constante en la obra de Hart, quien critica al mismo tiempo, tanto la identificación Derecho = coerción, como la reconducción del Derecho al ámbito de la moral. La primera identificación había sido formulada por J. Austin, para quien el Derecho se podía reconducir a un conjunto de mandatos u órdenes respaldados por amenazas emitidos por un soberano supremo e independiente, a quien el pueblo debe obediencia habitual. Esta concepción imperativa del D e r e c h o, será el punto de partida que Hart toma como paradigma de la teo r ía analítica y del positivismo jurídico inglés ( Hobbes, Bentham, Aus tin ), modelo que someterá a una crítica de la que surgirá un nuevo punto de partida que hará posible la construcción de su teoría jurí d i c a. La raíz del fracaso, a juicio de Hart, del paradigma austiniano es que los elementos con que se ha construido la teoría, es decir, las ideas de órdenes, obediencia, hábitos y amenazas, no incluyen, ni pue den elaborar mediante su combinación, la idea de regla, sin la cual no se puede elucidar las formas más elementales del Derecho, así como su diferenciación de la simple coerción. La idea de órdenes, hábitos y o b e d i e n c i a no es adecuada para el análisis del Derecho. Lo que hace fal ta, en opinión de Hart, es la noción de regla que confiere potestades,

limitadas o ilimitadas, a personas que reúnen ciertos requisitos para legislar mediante la observancia de cierto procedimiento. La teoría de la soberanía de Austin, basada en los criterios empíricos que determinan la relación de subordinación y obediencia habitual de la población con respecto al soberano, será sustituida por la concepción de Hart del Ordenamiento Jurídico basado en la idea de la Regla de Reconocimiento, regla que determina los criterios de validez y pertenencia de las normas respecto del propio sistema.

Aunque la teoría jurídica de Hart se puede identificar sin demasiado esfuerzo como la obra de un filósofo del Derecho inglés, la concepción normativo-jurídica de Kelsen ha estado siempre presente en la construcción teórica del profesor de Oxford. En realidad, Hart ha pretendido revisar críticamente, con su propia originalidad y autonomía, tanto la teoría analítica del Derecho y el normativismo de Kelsen, como las posteriores críticas del realismo jurídico escandinavo - en especial, Alf Ross -, y norteamericano. Con respecto al problema central de la filosofía del Derecho referente al fundamento del Ordenamiento Jurídico y la relación entre validez y eficacia, tanto la Norma Fundamental como la Regla de Reconocimiento tienen la función de precisar los criterios de validez y pertenencia de las normas respecto del sistema; no obstante, mientras que el primer concepto es un postulado del cual se presupone la validez -al menos en el "primer" Kelsen estudiado por Hart -, la existencia del segundo es una cuestión empírica de hecho. Para Ross, no sólo la existencia del Ordenamiento Jurídico se basa sobre cuestiones de hecho, sino que la propia validez de las normas viene a coincidir con su eficacia o aplicación efectiva. La posición de Hart es intermedia: si bien la Regla de Reconocimiento se basa sobre cuestiones de hecho, de las que no se puede predicar su validez, tiene al mismo tiempo la función de establecer los criterios de validez de las normas singulares del Ordenamiento, diferenciando en este sentido, validez y eficacia. Como expondré en el siguiente párrafo, la Regla de Reconocimiento, desde un punto de vista externo, es una cuestión de hecho; ahora bien, en cuanto es "aceptada"

como criterio de la validez de las normas del Ordenamiento, se está haciendo referencia a un punto de vista "interno". Hart trata, pues, de corregir el formalismo kelseniano de inspiración kantiana, que razona exclusivamente en términos normativos rechazando el punto de vista "externo", como el empirismo exagerado de los realistas norteamericanos y escandinavos que ignora totalmente el punto de vista "interno"; por ello, Hart rechazará la versión predictiva del punto de vista externo que no toma en cuenta la posición del juez en relación con las normas jurídicas, típica conexión del punto de vista interno. La teoría jurídica de Hart se encuentra en una posición intermedia, inteligentemente matizada y equilibrada, sin perder su autonomía y originalidad.

8. La teoría analítica del Derecho formulada por Hart se construye a partir de la concepción del Ordenamiento Jurídico como un sistema abierto de reglas sociales. Esto implica dos cosas : por un lado, el hecho de <sup>que</sup> las reglas sociales regulan la conducta de los individuos pertenecientes a grupos sociales; en segundo lugar, el hecho de que el origen y existencia de las reglas jurídicas se deriva exclusivamente de prácticas sociales humanas institucionalizadas.

9. Desde un punto de vista estructural - que en Hart está mediatizado por las funciones sociales que las reglas jurídicas desempeñan - , la unión de reglas primarias y secundarias determina la naturaleza de los Ordenamientos Jurídicos; mientras las reglas primarias imponen obligaciones y deberes, las reglas secundarias, que se relacionan de diversos modos con las reglas primarias -de aquí el carácter sistemático del Derecho - confieren potestades públicas y privadas, configurando tres tipos diferentes :

a. Reglas de Reconocimiento, mediante las cuales se supera la falta de certeza del régimen de reglas primarias: estas reglas especifican los criterios de pertenencia de las reglas al sistema (condiciones de validez), identificando de manera incotrovertible

las reglas primarias de obligación.

b. Reglas de cambio, públicas y privadas, mediante las cuales se supera la cualidad estática del régimen de reglas primarias; estas reglas facultan a un individuo o cuerpo de personas a introducir nuevas reglas primarias para la conducción de la vida del grupo, o de alguna clase de hombres que forman parte de él, y a dejar sin efecto las reglas anteriores.

c. Reglas de adjudicación, mediante las cuales se supera la insuficiencia de la presión social difusa del régimen de reglas primarias: estas reglas facultan a determinar, en forma revestida de autoridad, si en una ocasión particular se ha transgredido una regla primaria, identificando no sólo a los individuos que pueden juzgar, sino también el procedimiento a seguir; confieren potestades jurisdiccionales y acuerdan un status especial a las declaraciones judiciales relativas a la transgresión de obligaciones.

10. Los conceptos que interesan profesionalmente al jurista, tales como "obligación", "derecho subjetivo", "validez", "fuentes del Derecho", "legislación", "jurisdicción" y "sanción" pueden ser elucidados de un modo más satisfactorio mediante la combinación de las reglas primarias de obligación con las reglas secundarias de reconocimiento, cambio y adjudicación. La constante inclinación de analizar estos conceptos en los términos del discurso ordinario o científico - que enuncia hechos - o del discurso predictivo, sólo pueden reproducir su aspecto externo; el aspecto interno distintivo de tales conceptos, sólo se comprenderá si se analizan los actos de creación jurídica del legislador, la adjudicación de un tribunal, el ejercicio de potestades públicas y privadas y otros actos jurídicos, mediante su relación con las reglas secundarias.

En opinión de Hart, decir que una determinada regla es válida significa reconocer que ella satisface todos los requisitos establecidos por la Regla de Reconocimiento. Hay que distinguir entre la ineficacia de una regla particular, que puede o no afectar a su va

lidez, y una inobservancia general de las reglas del sistema. Existe una conexión contextual entre el enunciado interno que afirma la validez de una determinada regla del sistema y el enunciado externo que afirma la eficacia generalizada de un Ordenamiento Jurídico : un enunciado interno referente a la validez de una regla particular de un sistema, presupone la verdad del enunciado fáctico externo referente a la eficacia generalizada del propio sistema. La Regla Última de Reconocimiento, bajo la que subyace una posible circularidad lógica de difícil clasificación, puede ser analizada desde dos puntos de vista: uno expresa el enunciado externo de hecho que afirma la existencia de la regla en la práctica efectiva del sistema; el otro, se expresa en los enunciados internos de validez formulados por quienes la usan para identificar el Derecho. Del mismo modo, la afirmación de la existencia de un Ordenamiento Jurídico presupone un doble enunciado: por un lado, la afirmación de la obediencia por parte de la mayoría de los ciudadanos con respecto a las reglas válidas del sistema; de otra parte, la afirmación de la aceptación de reglas secundarias como pautas o criterios comunes críticos de la conducta oficial —es decir, como razón del comportamiento y justificación crítica de las conductas desviantes— por parte de los funcionarios del sistema.

Las limitaciones del concepto de "aceptación" se basan en las implicaciones valorativas y políticas del discurso jurídico interno.

11. La teoría del Derecho de Hart puede ser considerada como un nuevo paradigma del positivismo jurídico. Retomando críticamente la tradición del positivismo jurídico inglés y continental, Hart construye un nuevo modelo que podría ser resumido en tres tesis fundamentales:

a. Tesis de la separación conceptual entre el Derecho y la Moral: es decir, el valor moral de una regla no puede ser considerado como una condición necesaria de su validez jurídica. Precisamente, la tesis de la separación conceptual entre estos dos típicos modelos nor

mativos -que no implica la negación de sus relaciones contingentes- es defendida, tanto desde un punto de vista teórico -como criterio clarificador de la estructura, identidad y existencia de los Ordenamientos Jurídicos- como desde un punto de vista moral, al reconocer la autonomía y supremacía de la moralidad crítica. Paradójicamente, la razón de fondo en la insistencia de tal tesis es una razón moral: Hart es positivista por su defensa a ultranza de la moral crítica respecto de la moral positiva impuesta por el Derecho.

Ahora bien, a pesar del rechazo de los argumentos del profesor Fuller acerca de la "moral interna" del Derecho, Hart reconoce que la existencia de un Ordenamiento Jurídico implica o presupone un orden moral, en el sentido de moralidad "positiva". Su "contenido mínimo de Derecho Natural" -al igual que su contenido mínimo procedimental de la justicia formal- es lógicamente compatible con la mayor injusticia e iniquidad en el Derecho, aunque quizá sea este punto la parte más débil de su teoría.

b. Tesis de la discrecionalidad y fuentes sociales del Derecho: la teoría de Hart de las reglas jurídicas como reglas sociales se presenta como alternativa a la teoría austiniana del Derecho como mandato del soberano. Para Hart, las reglas jurídicas -como reglas sociales- tienen fuentes sociales, es decir, su origen se produce por medio de prácticas sociales institucionalizadas. Las reglas jurídicas no son, ni se incluyen, ni se derivan de standards objetivos preexistentes de la conducta humana; derivan exclusivamente de prácticas sociales. Por tanto, los jueces tienen cierta discrecionalidad en la aplicación del Derecho. Al ejercer su discrecionalidad interpretativa, los jueces pueden recurrir a los standards que les permitan la mejor solución posible, dentro de la estructura del Ordenamiento Jurídico, de los casos difíciles controvertidos.

Dworkin atribuye a Hart tesis que pertenecen más bien a los argumentos del positivismo jurídico clásico que a su concepción abierta y social de los Ordenamientos Jurídicos. Dworkin no sólo atribuye a Hart una teoría positivista de las fuentes -atribución que sólo pue

de sostenerse si deformamos la teoría jurídica de Hart-, sino también una concepción estrecha de las reglas jurídicas y de la Regla de Reconocimiento. En la mayor parte la crítica de Dworkin se observa la existencia de un adversario inventado.

12. Hart caracteriza a las reglas jurídicas como un caso especial de las reglas sociales que derivan su existencia de prácticas sociales, sólomente explicables mediante su peculiar método hermeneútico. Esta construcción teórica posibilita la inclusión de los distintos tipos de standards jurídicos -al igual que las reglas jurídicas - en Ordenamientos Jurídicos considerados como sistemas de reglas primarias y secundarias. La naturaleza de tales reglas y standards posibilita la limitación, pero no la eliminación, de la discrecionalidad pública. Los criterios de validez de las reglas jurídicas y los criterios de reconocimiento de otros standards jurídicos, no implican, ni necesariamente incluyen, una garantía contra su injusticia o iniquidad, o su modo de cumplimiento.

El profesor Hart, independientemente de ser uno de los representantes más importantes de la teoría analítica del Derecho, ha construido una concepción jurídica vinculada a los valores de libertad e igualdad; su análisis del Derecho y su defensa de la valoración crítica y moral de las instituciones jurídicas, si bien han sido diferenciados en función de criterios teóricos y prácticos, siempre han constituido el propósito común de su labor intelectual.

## BIBLIOGRAFIA

Se incluye a continuación, por orden alfabético de autores, las obras, sean libros o artículos, citadas en el texto. Si son varias de un mismo autor, están ordenadas en función de su año de publicación. Las obras de varios autores, se enumeran en VARIOS, salvo que la edición haya estado dirigida por algún autor en concreto, en cuyo caso figuran por su nombre con el añadido (ed.). También he añadido algunas obras que, aunque no citadas, considero interesantes y apropiadas para el tema de la tesis.

ABBAGNAND, N. : "Sul concetto di diritto". Rivista di Filosofia, Turín, 1962, p. 63-68.

"Esiste la responsabilità?". La Stampa, 30 de enero de 1968, p.7.

ACTON, H.B. : "Introduction: The Philosophy of Punishment". The Philosophy of Punishment. A Collection of Papers, H.B. Acton (ed.), MacMillan, Londres, 1969, p. 9-38.

"The Philosophy of Punishment". H.B. Acton (ed.), The Macmillan Press, Londres, 1969.

AGNELLI, J. : "John Austin alle origini del positivismo giuridico". Giappichelli, Turín, 1959.

ALCHOURRON, C.E. y BULYGIN, E. : "Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales". Ed. Astrea, Buenos Aires, 1974. Ed. or. "Normative Systems". Library of Exact Philosophy, vol.5, Springer-Verlag, Viena, 1971.

ALEXY, R. : "Theorie der juristischen Argumentation", Frankfurt/Main, 1978.

ALLEN, C.K. : "Law in the Making". Clarendon Press, Oxford, 7ª ed., 1963. Hay trad. cast. de A. Ortiz García, "Las Fuentes del Derecho In glés", Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1969.



ALLORIO, E. : "L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale ed altri studi", Milán, 1957.

ANSCOMBE, G.E.M. : "Intention", Blackwell, Oxford, 1ª ed. 1957, 2ª ed. 1963.

APEL, K.O. : "Das 'Verstehen'. Eine Problemgeschichte als Begriffsgeschichte", Archiv für Begriffsgeschichte, nº1, 1955, p. 142-199.

"Analytical Philosophy of Language and the Geisteswissenschaften". Foundations of Language Suppl. Series, Reidel, Londres, 1967.

"Transformation der Philosophie", 2 vols., Frankfurt/Main, 1973.

ARMSTRONG, K.G. : "The Retributivist Hits Back". Mind, octubre, 1961; reimpresso en H.B. Acton (ed.), "The Philosophy of Punishment", cit., p. 138-158.

AUERBACH, C.A. : "On Professor H.L.A. Hart's Definition and Theory in Jurisprudence". Journal of Legal Education, IX, 1956, p. 39 y s.

AUGE, G. : "Aspects de la philosophie juridique de Sir William Blackstone", Archives de Philosophie du Droit, XV, 1970, p. 71-98.

AUSTIN, J. : "The Province of Jurisprudence Determined" y "The Uses of the Study of Jurisprudence". 1ª ed. 1832, ed. de H.L.A. Hart, Londres, Weidenfeld & Nicolson, 1954, con introd. de Hart; reeditada en Humanity Press, Nueva York, 1968. Hay trad. parcial de F. González Vicén, "Sobre la utilidad del estudio de la Jurisprudencia", I.E.P., Madrid, 1951, con una introducción.

"Lectures on Jurisprudence". Ed. de R. Campbell, J. Murray, Londres, 1873.

AUSTIN, J.L. : "Performatif-Constatif". Trabajo leído en las reuniones de Royaumont de 1958, "La Philosophie Analytique", Les Editions de Minuit, 1962. Traducido al inglés por Warnock e incluido en la compilación "Philosophy and Ordinary Language", Charles E. Caton (ed.), cit.

"Philosophical Papers". J.O. Urmson-G.J. Warnock (eds.), The Clarendon Press, Oxford, 1961. Hay trad. cast. e introd. de A. García Suárez, "Ensayos Filosóficos", ed. Rev. de Occidente, Madrid, 1975.

"Sense and Sensibilia", G.J. Warnock (ed.), Oxford, 1962. Trad. cast. "Sentido y Percepción", Tecnos, Madrid, 1982.

"How to Do Things with Words". J.O. Urmson (ed.), 1962. Hay trad. cast. y prólogo de G.R. Carrió y E.A. Rabossi, "Palabras y Acciones", Paidós, Buenos Aires, 1971.

- AYER, A.J. : "Language, Truth and Logic". Londres, 1936. Trad.cast. de R.Resta, "Lenguaje, Verdad y Lógica", Buenos Aires, 1965.
- AYER, A.J.-RHEES, R. : "Can there be a Private Language?". Proceedings of the Aristotelian Society, suppl.vol. XXVIII, 1954.
- BAKER, J. : "A Select Bibliography of Moral Philosophy". Study Aids, vol. IX, Sub-faculty of Philosophy, Oxford, 1977.
- BARTOLE, S. : "In margine a 'Taking Rights Seriously' di Dworkin". Materiali per una storia della cultura giuridica, vol.X,nº1, Il Mulino, Bologna, 1980, p.185-208.
- BEDAU, G. : "Law, Legal Systems and Types of Legal Rules", Memoria del XIII Congreso Internacional de Filosofía, Mexico, vol.VII, 1964, p.17 y ss.
- BODIN, J. : "Les six livres de la Republique". J.de Tournes,Lyon,1579.
- BEEHLER, R. : "The Concept of Law and the Obligation to Obey". 23 American Journal of Jurisprudence, 1978, p.120 y ss.
- BELL, R.S. : "Understanding the Model of Rules: toward a Reconciliation of Dworkin and Positivism", Yale Law Journal,vol.81,Abril, 1972, p.912 y ss.
- BELVEDERE, A., JORI,M., LANTELLA,L.: "Definizioni giuridiche e ideologie". Giuffrè ed., Milán, 1979.
- BENDITT, Th.M. : "Law as Rule and Principle, Problems of Legal Philosophy". The Harvester Press, Sussex, 1978.
- BENN, S.I.-PETERS, R.S. : "Social Principles and the Democratic State". George Allen & Unwin, Londres, 1959, 3ª ed. 1963.
- BENTHAM, J. : "The Limits of Jurisprudence Defined". C.W.Everett (ed.), Nueva York, Columbia Univ. Press, 1945.
- "Essay on Language", "A Fragment on Ontology" y "Essay on Logic", ed. de Bowring, vol.VIII, The Works of Jeremy Bentham, Nueva York, Russel and Russel, 1962.
- "Of Laws in General". Ed. de H.L.A. Hart, Athlone Press, Londres, 1970.
- "An Introduction to the Principles of Morals and Legislation". Ed. de J.H.Burns y H.L.A.Hart, Athlone Press, Londres, 1970.

BENTHAM, J. (cont.) : "A Comment on the Commentaries" y "A Fragment on Government". Ed. de J.H.Burns y H.L.A.Hart, Athlone Press, Londres, 1977. Hay trad. cast. parcial de Julián Larios Ramos, "Un fragmento sobre el Gobierno", ed. Aguilar, Madrid, - 1973.

"Anarchical Fallacies". Vol. II de la ed. de Bowring cit.

BERNSTEIN, R.J. : "Praxis and Action. Contemporary Philosophies of Human Activities". Univ. of Pennsylvania Press, 1971. Hay traducción castellana de G. Bello, "Praxis y Acción. Enfoques contemporáneos de la actividad humana", Alianza ed., Madrid, - 1979.

"The Restructuring of Social and Political Theory". Basil Blackwell, Oxford, 1976.

BIERLING, E.R. : "Juristische Prinzipienlehre". Friburgo-Leipzig, - 1894, rist. 1961.

BLACK, M. : "The Gap between 'Is' and 'Should'", The Philosophical Review, 1964.

BLACKSTONE, W. : "Commentaries on the Laws of England", Londres, - 1793, 16ª ed. J.T.Coleridge, Londres, 1825.

BLACKSTONE, W.T. : "Law and Morality: the Hart-Dworkin debate and an alternative". A.R.S.P., 1979, p. 77-93.

BLACKSHIELD, A.R. : "Hart's Concept of Law" . A.R.S.P., 1962, p. - 329-341.

BOBBIO, N. : "Teoria della Scienza Giuridica". Giappichelli, Turín, 1950.

"Teoria della norma giuridica". Giappichelli, Turín, 1958.

"Sul formalismo giuridico". Rivista italiana di diritto e procedura civile, 1, nueva serie, nº4, 1958, p.977-998. Ahora en "Giusnaturalismo e positivismo giuridico", cit. p.79 y ss.

"Teoria dell'Ordinamento Giuridico". Giappichelli, Turín, 1960.

"Giusnaturalismo e positivismo giuridico". Ed. di Comunità, - Milán, 1965.

"Considerazione in margine". Rivista di Filosofia, 1966, cit. vid. varios, p. 235-246.

BOBBIO, N. (cont.) : "Studi per una Teoria Generale del Diritto". Giappichelli, Turin, 1970.

"Da Hobbes a Marx". Morano Ed., 1ª ed. 1964, 3ª ed. 1974.

"Dalla struttura alla funzione". Ed. di Comunità, Milan, 1977.

"Il Positivismo giuridico". Giappichelli, Turin, 1979.

"Contribución a la Teoría del Derecho". Ed. de Alfonso Ruiz Miguel, Fernando Torres, Valencia, 1980.

BODEN, M.A. : "In Reply to Hart and Hampshire", Mind, 1959, p. 256-60.

BODENHEIMER, E. : "Modern Analytical Jurisprudence and the Limits of its Usefulness". Univ. of Pennsylvania Law Review, CIV, 1956, p. 1080 y ss.

"Review of Hart's Concept of Law". UCLA Law Review, vol 10, nº 4, 1963.

"Jurisprudence". The Philosophy and Method of the Law, Harvard Univ. Press, 1974.

BOUKEMA, H.J.M.: "Hard Theories and Hard Cases". ARSP Bd. LXV 12, - 1979, p. 254-265.

BRECKENRIDGE, G. : "Legal Positivism and the Natural Law: The Controversy Between Professor Hart and Professor Fuller". 15 Vanderbilt Law Review, 1965, p. 945-964.

BRENNAN, J.M. : "The Open texture of Moral Concepts". The MacMillan Press, Londres, 1977.

BRITO, V.J.S. : "Relire Bentham. A propos de l'edition de 'Of Laws in General', de Bentham par Hart", Archives de Philosophie du Droit, 1972, tomo XVII, p. 451-472.

BROWN, S.: "The Concept of Law"(rev.). 72 Philosophical Review, 1963, p. 250 y ss.

BROWN, W.J. : "The Austinian Theory of Law". Londres, 1926.

BRUNNI ROCCIA, G. : "La Dottrina del Diritto Naturale in America. Le origini: puritanismo e giusnaturalismo". Giuffrè ed., Milan 1950.

"La Ragion Puritana. Diritto e Stato nella coscienza anglosassone". Giuffrè, Milan, 1952.

BRYCE, J. : "Studies in History and Jurisprudence". Clarendon Press, Oxford, 1901.

BUCKLAND, W.W. : "Some Reflections on Jurisprudence". Cambridge Univ. Press, 1949.

BULYGIN, E. : "Sobre la Regla de Reconocimiento". En "Derecho, Filosofía y Lenguaje", cit. en Varios, p. 31-39.

BUNGE, M. : "Antología Semántica". Nueva Visión, Buenos Aires, 1960.

CALSAMIGLIA, A. : "Kelsen y la crisis de la Ciencia Jurídica". Ariel, Barcelona, 1977.

CAMERON, J.T. : "Observations on the 'Concept of Law'". 8 Juridical Review, 1963, p. 101 y ss.

CAMMARATA, A.E. : "Formalismo e sapere giuridico". Capelli, 1962.

CAMPBELL, C.M. : "Legal Thought and Juristic Values". 1 British Journal of Law and Society, 1979, p. 13 y ss.

CAMPBELL, C.M.-WILES, P. : "The Study of Law and Society in Britain". 16 Law and Society Review, 1976, p.547 y ss.

CAMPS, V. : "Pragmática del lenguaje y filosofía analítica". Ed. Península, Barcelona, 1976.

CAPELLA, J.R. : "Notas sobre la definición legal". Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid, 1963, p. 37-50.

"El Derecho como lenguaje". Ariel, Barcelona, 1968.

CAPLAN, R.L. : "Professor Dworkin's Jurisprudence". The American Journal of Jurisprudence, 1977, p. 118-159.

CARCATTERRA, G. : "Le norme costitutive". Milán, 1974.

CARDOZO, B.N. : "The Nature of Judicial Process". New Haven, 1921. Trad. cast. de E. Ponssa y prólogo de C.Cossio, "La naturaleza de la función judicial", Arayú, Buenos Aires, 1955.

"The Growth of the Law". Yale Univ. Press, New Haven, 1924.

"The Paradoxes of Legal Science". Columbia Univ. Press, Nueva York, 1928.

CARNAP, R. : "Der logische Aufbau der Welt". Berlin, 1922.

"Philosophy and Logical Syntax". Routledge & Kegan Paul, Londres, 1935. Hay trad. cast. "Filosofía y Sintaxis Lógica", en J. Muguerza, "La concepción analítica de la filosofía", cit., tomo I, p. 294-337.

CARRIO, G.R. : "Notas sobre Derecho y Lenguaje". Abeledo-Perrot ,  
Buenos Aires, 1964, 6ª reimpresión 1976.

"Sobre el concepto de deber jurídico". Abeledo-Perrot, Buenos  
Aires, 1966.

"Principios jurídicos y Positivismo Jurídico". Abeledo-Perrot,  
Buenos Aires, 1970.

"Algunas palabras sobre las palabras de la ley". Abeledo-Perrot,  
Buenos Aires, 1971.

"Sobre los límites del lenguaje normativo". Ed. Astrea, Buenos  
Aires, 1973.

"Professor Dworkin's Views on Legal Positivism". Indiana Law  
Journal, vol. 55, nº 2, 1979. Hay versión italiana de R. Guas-  
tini, "Le opinioni del prof. Dworkin sul positivismo giuridico",  
Materiali per una storia della cultura giuridica, vol. X,  
nº 1, Il Mulino, Bolonia, 1980.

CASELLATO, S. : "G. Stuart Mill e l'utilitarismo inglese". CEDAM, Pa-  
dua, 1951.

CASSIRER, E. : "Filosofía de la Ilustración". F.C.E., Méjico, 1972.  
Ed. or. en alemán de 1932; 1ª ed. en cast. de 1943.

CASTIGNONE, S. : "Axel Hägerström alle origini del realismo giuridico  
scandinavo". Materiali per una storia della cultura giuridica,  
Il Mulino, Bolonia, 1971.

"La machina del Diritto". Ed. di Comunità. Milán. 1974.

CATANIA, A. : "L'Accettazione nel pensiero di H.L.A. Hart". 48 Riv.  
Internazionale di Fil. del Diritto, 1971, p. 261 y ss.

"Il diritto come organizzazione della forza". Riv.Int. de Fil.  
del Diritto, 1974, p.371-397.

"Argomenti per una teoria dell'ordinamento giuridico". Ed. Dott.  
E. Jovene, Napoles, 1976.

"Decisione e norma". Ed. Dott. E. Jovene, Napoles, 1979.

CATON; Ch.E. : "Philosophy and Ordinary Language". University Illi-  
nois Press, Urbana, 1963.

CATTANEO, M.A. : "Il concetto di rivoluzione nella scienza del diritto".  
Istituto Ed. Cisalpino, Milán, 1960. Trad. cast. "El concepto  
de Revolución en la Ciencia del Derecho", Depalma, B.Aires, 1968.

CATTANEO, M.A. (cont.) : "Chronique de philosophie analytique du langage dans ses applications au droit". Archives de Philosophie du Droit, nº 6, 1961.

"Il Positivismo Giuridico Inglese" . Giuffrè ed., Milán, - 1962.

"Il diritto naturale nel pensiero di H.L.A. Hart". Rivista Int. di Filosofia del Diritto, 1965, p.673-694.

"Introduzione" a la versión italiana de "The Concept of Law", "Il Concetto di diritto", cit., p. IX-XVIII., 1965.

"Illuminismo e legislazione". Ed. di Comunità, Milán, 1966.

"La Retribuzione penale nell'interpretazione e nella critica di Herbert L.A. Hart". Materiali per una storia della cultura giuridica, vol. IV, Il Mulino, Milán, 1974, p. 641-699.

"Diritto e Società nel pensiero di Herbert L.A. Hart". Sociologia del Diritto, 1974, I, p. 61-84.

"J. Austin". Materiali per una storia della cultura giuridica, vol. VIII, Il Mulino, I/1978, Milán, p. 68-85.

CAVELL, S. : "The Availability of Wittgenstein's Later Philosophy". The Philosophical Review, nº 71, 1962.

COHEN, L.J. : "The Concept of Law"(rev.). Mind, 1962, p. 395-412.

"Law, Morality and Purpose. The Morality of Law. A Symposium". 10 Villanova Law Review, 1965, p. 631-678.

COLLINGWOOD, R.G. : "On the So Called Idea of Causation". Proceedings of the Aristotelian Society, 1938, XXXVIII, p.85 y ss.

COMANDUCCI, P. : "Joseph Raz e la teoria generale del sistema giuridico". Materiali per una storia della cultura giuridica, Il Mulino, Milán, vol. VIII, I/1978, p. 359-421.

COMTE, A. : "Cours de philosophie positive". Seis vols., 1830-1842. Ed. crítica de M. Serres, París, 1975.

CONTE, A. : "Primi argomenti per una critica del normativismo". Pavía, 1968.

CROSS, R. : "Precedent in English Law". Clarendon Press, Oxford, 1961.

CHAPPEL, V.C. : "Ordinary Language". Prentice-Hall, Inc., Englewood Cliffs, New Jersey, 1964. Hay trad. cast., "El lenguaje común. Ensayos de Filosofía Analítica". Tecnos, Madrid, - 1971, trad. de J.R. Capella.

CHRISTIE, G.: "The Model of Principles". Duke Law Journal, 1968, p. 649 y ss.

D'ALESSANDRO, F.: "Recenti tendenze in tema di concetti giuridici". Riv. di Diritto commerciale, 1967, p. 15-33.

DALGARNO, M.T. : "The Contemporary Significance of Bentham's Anarchical Fallacies : A Reply to W. Twining". ARSP, Bd.LXI/3, 1975, p. 357-367.

DAVID, R. : "Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos". Ed. Aguilar, Madrid, 1968. Ed.or. "Les grands systèmes de droit contemporains", Dalloz, París, 1967.

DAVIS, Ph. E. : "The Moral Content of Law". The Southern Journal of Philosophy, vol. 9, 1971, p. 13-23.

DEVLIN, L. : "The Enforcement of Morals". Oxford Univ. Press, 1965.

DEWEY, J. : "Logical Method and Law". Cornell Law Quarterly, X, 1924, p. 17 y ss. Reimpreso en R.D. Henson, "Landmarks of Law Highlights of legal opinion", Harper & Brothers, Nueva York, 1960; Beacon Press, Boston, 1963, 2ª ed. 1966).

DIAZ, E. : "Sociología y Filosofía del Derecho". Taurus, Madrid, 1971, 2ª ed. 1980.

"Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático". Civitas, Madrid, 1977.

DICEY, A.V. : "Introduction to the study of the Law of the Constitution". Londres, 10ª ed., 1964.

DICKINSON, J. : "The Law behind the Law". 29 Columbia Law Review, 1929.

"Legal Rules: Their Function in the Process of Decision". 79 Univ. of Pennsylvania Law Review, 1931, p. 833 y ss.

"The Problem of the Unprovided Case". Recueil d'Etudes sur les sources de droit en l'honneur de F.Geny, tomo II, p.503 y ss. Hay trad. cast. "El problema del caso no previsto", La Ley, Buenos Aires, 1936, tomo IV, p.32 y ss.

DONATI, D.: "Il rispetto della legge dinanzi al principio di autorità. Critica alla filosofia di Hobbes". Athenaeum, Roma, 1919.



- 378-
- DRAY, W. : "Laws and Explanation in History". Oxford Univ.Press, 1957.
- "Philosophy of History". Prentice-Hall, Londres, 1964.
- "Philosophical Analysis and History". H.& R., Londres, 1966.
- DUNCANSON, I.W.: "The Strange World of English Jurisprudence". 30 Northern Ireland Legal Quarterly, 1979, p.267 y ss.
- DUNNING, W.A. : "A History of Political Theories. From Rousseau to Spencer". Nueva York, 1926.
- DWORKIN, R. : "Philosophy, Morality and Law. Observations Prompted by Professor Fuller's Novel Claim". 113 University of Pennsylvania Law Review, 1965.
- "Taking Rights Seriously". Duckworth, 1977, Londres. La nueva ed.(1978) contiene un importante apéndice (p. 291-368) de respuestas de Dworkin a sus principales críticos.
- "The Philosophy of Law". R.Dworkin(ed.), Oxford Univ.Press, 1977.
- DWORKIN, R.-MACCALLUM, G.: "Symposium on 'Judicial Discretion'". 60 Journal of Philosophy, 1963, p.624 y ss.
- ECKMANN, H.: "Rechtspositivismus und sprachanalytische Philosophie, der Begriff des Rechts in der Rechts theorie H.L.A. Hart's". Berlin, 1969.
- ENTERRIA, E.G.-RAMON FDEZ.,T.: "Curso de Derecho Administrativo". Tomo I, Civitas, Madrid, 3ª ed. 1979(1ª ed. 1974).
- ESQUIVEL, J.: "Kelsen y Ross, formalismo y realismo en la teoría del Derecho". UNAM, Mexico, 1980.
- FALK, R.A.- SCHUMAN, S.I.: "Un colloquio sul Positivismo Giuridico". Rivista di Diritto Civile, p. 542-557.
- FANN, K.T.: "Ludwig Wittgenstein: The Man and his Philosophy". A Delta Book, Nueva York, Dell, 1967.
- "Wittgenstein's Conception of Philosophy". Basil Blackwell, Oxford, 1969. Hay trad.cast. de M.A. Beltrán, "El concepto de filosofía en Wittgenstein", Tecnos, Madrid, 1975.
- "Symposium on J.L. Austin". K.T.Fann(ed.), Londres, Nueva York, 1969.
- FARRELL, M.D. : "Derecho, Moral y Política. Temas de Filosofía Analítica". Ed. de Belgrano, Buenos Aires, 1980.

- 37-
- FEINBERG, J. : "Action and Responsibility". En "Philosophy in America", M.Black(comp.), Allen y Unwin, 1965, p. 135-160. Reimpreso en "The Philosophy of Action", Oxford Univ.Press, 1968. Hay trad. cast., A.R.White(ed.), "La Filosofia de la Acción", cit., trad. de S.Black Sevilla.
- "Supererogation and Rules". En "Doing and Deserving", Princenton Univ.Press, 1970.
- FEINBERG, J.-GROSS, H.(ed.): "Law in Philosophical Perspective". Dickenson Publ., California, 1977.
- FERRATER MORA, J. : "Cambio de marcha en filosofía". Alianza ed., Madrid, 1974.
- "Diccionario de Filosofía". Alianza ed., Madrid, 1979.
- FINCH, J. : "Introduction to Legal Theory". Sweet & Maxwell, Londres, 1974(2ª ed.). Hay trad. cast. de F. Laporta, "Introducción a la Teoría del Derecho", Labor, Barcelona, 1977.
- FITZGERALD, P.J. : "Salmond on Jurisprudence". 12ª ed. Sweet & Maxwell, Londres, 1966.
- FLEW, A.N.G. (ed.): "Logic and Language". 1ª serie. Blackwell, Oxford, 1951.
- FOOT, Ph.(ed.): "Theories of Ethics". Oxford, 1967. Hay trad.cast. - "Teorías sobre la Etica", F.C.E., Mexico, 1974.
- FRANK, J. : "Law and the Modern Mind". Doubleday, Garden City, Nueva York, 1963. 1ª ed. en Coward-Mc.Cann, Nueva York, 1930.
- "What courts do in fact". Illinois Law Review, XXVI, 1932.
- "If Men were Angels: some aspects of Government in a Democracy". Harper, Nueva York, 1942.
- "Derecho e incertidumbre". Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1968. Ed. or. "Short of sickness and death: a study of moral responsibility in Legal criticism", Nueva York, Univ.Law Review, 29, 1951, p.545-633.
- FRIEDMANN, W. : "Legal Theory". Stevens & Sons, Londres, 1944.
- FRIEDRICH, C.J. : "Die Philosophie des Rechts in Historischer Perspektive". Springer-Verlag, Berlin, 1955. Hay trad.cast. de M.Alvarez en F.C.E., "La Filosofia del Derecho", Mexico, 1964.

FULLER, S. : "Human purpose and natural law". Journal of Philosophy, nº 53, 1956.

"A Rejoinder to Professor Nagel". 3 Natural Law Forum, 1958, p. 83 y ss.

"Positivism and Fidelity to Law. A Reply to Professor Hart". 71 Harvard Law Review, 1958, p.630 y ss.

"The Morality of Law". Yale Univ.Press, 1964. Hay trad. cast. en la ed. Trillas, Mexico, 1967. Hay nueva ed. revisada, 1969, Yale University.

GADAMER, H.G.: "Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik". 1960. Hay trad. cast. de A. Agud y R.de Agapito, "Verdad y Método", ed. Sígueme, Salamanca, 1977.

GARCIA SUAREZ, A. : "La lógica de la experiencia". Ed. Tecnos, Madrid, 1976.

GARZON VALDES, E. : "Acerca de las limitaciones legales del soberano legal". Sistema 43/44, Madrid, 1981, p.43-56.

"Algunos modelos de validez normativa". Revista Latinoamericana de Filosofía, vol. III, nº 1, marzo, 1977, p. 41-68.

GAUTHIER, D.P. : "The Logic of Leviathan: the moral and political theory of Thomas Hobbes". Oxford Univ.Press, 1969.

GAVAZZI, G.: "Sul concetto di 'moralità critica'", Rivista di Filosofia, Turín, 1965, p.56-74.

"In difesa(parziale) di una concezione predittiva dell'obbligo giuridico". Rivista di Filosofia, vol.LXVII,nº2,Turín,1966, p. 165-174.

"Norme Primarie e Norme Secondarie". Giappichelli, Turín, 1967.

GEACH, P.T. : "Ascriptivism". The Philosophical Review, LXIX, 1960, p. 221-225.

GELLNER, E. : "Words and Things". 1959. Hay trad.cast. de M.Acheroff, "Palabras y Cosas", Tecnos, Madrid, 1962.

GENY, F. : "Méthode d'interpretation et sources en droit privé positive". 1899. Hay trad. cast. "Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo", ed.Reus, Madrid, 1925.

GERBER, D.: "Strict Criminal Liability and Justice". ARSP, vol.1974, LX/4, p. 513-543.

- GERNER, J.W. : "Political Science and Government". Nueva York, 1928.
- GIANFORMAGGIO, L. : "Morale critica e riforma della morale". Riv.Int. di Filosofia del Diritto, 1967, p.779 y ss.
- GIBBS, J.P. : "Definitions of Law and Empirical Questions". 2 Law and Society Review, 1968, p. 429 y ss.
- GIDDENS, A. : "New Rules of Sociological Method". Hutchinson Univ.Li-brary, Londres, 1976.
- GIERKE, O.V. : "Deutsches Privatrecht". Leipzig, 1895.
- GILBY, TH. : "The Crimination of Sin". Blackfriars, 1960, vol.41,p.-53 y ss.
- GIL-CREMADES, J.J.: "Razón práctica y Razón jurídica". Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Granada, 1977.
- GINER, S. : "Intenciones humanas y estructuras sociales: aproximación crítica a la lógica situacional". Cuadernos Económicos ICE, nº 3-4, Madrid, 1977.
- GINSBURG, M.: "Law and Morals". The British Journal of Criminology, Enero, 1964, p.283 y ss.
- GIOVANELLI, A.: "Dottrina pura e teoria della costituzione in Kelsen". Giuffrè, Milán, 1979.
- GOLDING, M.P.: "Kelsen and the Concept of 'Legal System'". 47 ARSP, 1961, p. 355 y ss. Reimpreso en Summers(ed.), "More Essays in Legal Philosophy", cit.,p.69-100.
- "Philosophy of Law". Prentice-Hall, Englewood Cliffs, New Jersey, 1975.
- GLEZ. VICEN, F.: "El positivismo en la filosofía del Derecho contemporánea". Revista de Estudios Políticos, XXXI, 1950,p.31-77. Ahora en "Estudios de Filosofía del Derecho",cit.p.47 y ss.
- "Estudio preliminar" de la ed.cast. de J.Austin, "Sobre la utilidad del estudio de la Jurisprudencia", Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1951.
- "Sobre los orígenes y supuestos del formalismo en el pensamiento jurídico contemporáneo". Anuario de Filosofía del Derecho, tomo VIII, Madrid, 1961. Ahora en "Estudios...",cit.,p.141 - 171.

GLEZ. VICEN, F.(cont.): "Sobre el positivismo jurídico". Sevilla, 1967, Public. de la Fac.de Derecho, vol.II, libro homenaje al prof. Giménez Fernández, ahora en "Estudios...", p. 171-207.

"Estudios de Filosofía del Derecho". Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna, 1979.

"La obediencia al Derecho". Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Anuario de Filosofía del Derecho, XXIV, 1979. Ahora en "Estudios...", p. 365 y ss.

GOODHART, A.L.: "English Law and the Moral Law". Stevens & Sons, Londres, 1953.

GOULDNER, A.W. : "The Norm of Reciprocity". American Sociological Review, XXV, abril, 1960, p.161-178.

GRAY, J.Ch. : "The Nature and Sources of the Law". Beacon Press, Boston, 1963 (ed.or. 1909).

GREENAWALT, K.: "Discretion and Judicial Decision". 75 Columbia Law Review, 1975, p. 359 y ss.

"Policy, Rights and Judicial Decision". Vid. VARIOS, "Jurisprudence Symposium", Georgia law Review, 1977.

GRICE, G.R.: "The Grounds of Moral Judgement". Cambridge, 1967.

GUEST, A.G.(ed.): "Oxford Essays in Jurisprudence", Clarendon Press, Oxford, 1961. Ensayos de P.J. Fitzgerald, H.L.A. Hart, J.F. Lever, D.R. Harris, A.M. Honoré, A.W.B. Simpson, A.G. Guest, R.F.V. Heuston, N.S. Marsh y G. Marshall.

HABERMAS, J.: "Zur Logik der Sozialwissenschaften". Frankfurt/Main, 1970.

HACKER, P.M.S.: "Sull'uso di 'dovere'". Rivista di Filosofia, vid.VARIOS, 1966, p.175-192.

"Sanctions Theories of Duty". En A.W.Simpson(ed.), "Oxford Essays in Jurisprudence", cit., 1973, p.131 y ss.

"Hart's Philosophy of Law". En "Law, Morality and Society", Hacker-Raz(ed.), cit., 1977, p.1-25.

HACKER, P.M.S.-RAZ, J.: "Law, Morality and Society. Essays in honour of H.L.A. Hart". Clarendon Press, Oxford, 1977. Ensayos de P.M.S. Hacker, G.P. Baker, R.M. Dworkin, J.R. Lucas, A.M. Honoré, R.S. Summers, G. Marshall, R. Cross, A.J.P. Kenny, J.L. Mackie, D.N. MacCormick, J. Raz, P.R. Foot, J.M. Finnis, B.M. Barry y J. Feinberg.

- HAGERSTROM, A.: "Inquiries into the Nature of Law and Morals". Almqvist & Wiksell, Upsala, 1953. Introd. de K. Olivecrona, trad. de C.D. Broad.
- HALL, J.: "Analytic Philosophy and Jurisprudence". Ethics and International Journal of Social, Political and Legal Philosophy, vol.77, nº1, oct.1966. Hay trad.cast.de G.Motta, "Filosofía Analítica y Teoría del Derecho", Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nº 21, sept-dic., 1974, p. 83-103.
- HAMPSHIRE, S.: "Thought and Action". Chatto and Windus, Londres, 1959.
- "J.L.Austin and Philosophy". Journal of Philosophy, LXII, 19 (7-X-65), p.511-513. Trad. cast. en J.Muguerza, "La concepción analítica...", cit., tomo II, p.544-551.
- HANCOCK, R.: "Causation in Law". (rev.). Natural Law Forum, 1962, vol. 7, Notre Dame Law School, p.143-152.
- HARE, R.M. : "The Language of Morals". Oxford Clarendon Press, 1952. Hay trad. cast. de G.R.Carrió y E.A. Rabossi, "El lenguaje de la moral", UNAM, Mexico, 1975.
- "Freedom and Reason". Oxford University Press, 1963.
- "Practical Inferences". MacMillan, Londres, 1971.
- HARRE, R.-SECORD, P.F.: "The Explanation of Social Behaviour". Basil Blackwell, Oxford, 1972.
- HART, H.L.A.: "The Adscription of Responsibility and Rights". Proceedings of the Aristotelian Society, nº 49, 1948-49, p.171-194. Hay trad. italiana, "L'Ascrizione di Responsabilità e di Diritti", en "H.L.A. Hart: Contributi all'analisi del diritto", trad.e introd. de Vittorio Frosini, Giuffrè, Milán, 1964, p.5-36. Hay reimpresión del original inglés en Flew(ed.)cit., "Logic and Language", 1951.
- "Is There Knowledge by Acquaintance?". Proceedings of the Aristotelian Society, Suppl.vol. 23, 1949, p. 69-90.
- "Law and the Modern Mind". Revisión crítica del libro de J.Frank, Mind, 60, 1951, p.268-270.
- "A Logician's Fairly Tale". Philosophical Review 60, 1951, p. 198-212.
- "Sign and Words"(on J. Holloway, "Language and Intelligence"). Philosophical Quarterly 2, 1952, p.59-62.

HART, H.L.A.(cont.): "Definition and Theory in Jurisprudence". Conferencia inaugural de la toma de posesión de su cátedra en la Universidad de Oxford, el 30 de mayo de 1953. Clarendon Press, Oxford, 1953, 28 págs. Reeditado en 70 Law Quarterly Review, 1953, p. 37 y ss. Hay trad. italiana, cit., de V.Frosini, "Definizione e Teoria nella Giurisprudenza", p.39-79. Hay trad.cast. de G.R. Carrió, "Definición y Teoría en la Ciencia Jurídica", en "H.L.A. Hart: Derecho y Moral. Contribuciones a su análisis", Depalma, Buenos Aires, 1962, p.93-138.

"Philosophy of Law and Jurisprudence in Britain. (1945-52)". 2 American Journal of Comparative Law, 1953, p.355-364.

"Justice". Philosophy, 28, 1953, p. 348-352. Sobre el libro "Justicia" de G.del Vecchio.

"Introduction". Introducción a la obra de J.Austin, "The Province of Jurisprudence Determined", Weindenfeld & Nicholson, Londres, 1954, p. VII-XXI.

"Are there any Natural Rights?". Philosophical Review 64, 1955, p.175-91. Hay trad.cast.,cit., de G.R.Carrió, "¿Hay derechos naturales?", p.65-91. Hay trad.ital.,cit., de V. Frosini "Esistono diritti naturali?", p.83-104. El original inglés está reimpreso en A.Quinton, "Political Philosophy", Oxford UnivPress, 1967, p.53-66 (hay trad. cast. en México, F.C.E., "Filosofía Política", trad. de E.L. Suárez, p.84-105. Artículo reimpreso en "Society, Law and Morality", Prentice-Hall, USA, F.A.Olafson (ed.), 1961.

"Theory and Definition in Jurisprudence". Proceedings of the Aristotelian Society. Suppl. vol. 29, 1955, p. 239-264.

"Crítica" del libro de A.Hägerström's "Inquiries into the Nature of Law and Morals", en "Philosophy", 30, 1955, p. 369-73.

"Blackstone's Use of the Law of Nature". Butterworths South African Law Review, 1956, p.169-174.

"Crítica" del libro de H.Kelsen, "Communist Theory of Law", 69 Harvard Law Review, 1956, p. 772-778.

"Murder and the Principles of Punishment: England and the United States". 52 Northwestern University Law Review, vol.4, 1957, p. 433 y ss. Reimpreso en H.L.A. Hart, "Punishment and Responsibility",cit., 1968, p.54-89.

HART, H.L.A.(cont.): "Analytic Jurisprudence in Mid-twentieth Century: a reply to Professor Bodenheimer". 105 University of Pennsylvania Law Review, 1957, p. 953-75.

"Legal and Moral Obligation". Phil.-93, The BobbsMerrill Reprint Series in Philosophy, p. 82-107, reimpresión de A.I.Melden(ed.) "Essays in Moral Philosophy", Univ. of Washington Press, Seattle, 1958, p. 82-107. Hay trad. ital. de V.Frosini, cit., "Obbligazione Morale e Obbligazione Giuridica", p. 169-199. Hay trad. cast. de J. Esquivel y L.Alfonso Ortiz, "Obligación jurídica y obligación moral", Cuadernos de Crítica 3, Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM, Mexico, 1977, 33 págs.

"Legal Responsibility and Excuses". "Determinism and Freedom", Proceedings of the First Annual New York University Institute of Philosophy, ed. S.Hook, Nueva York, 1958. Reimpreso en "Punishment and Responsibility", cit., 1968, p. 28-53.

"Positivism and the Separation of Law and Morals". 71 Harvard Law Review, 1958, p. 593-629. Reimpreso en J.Feinberg y H.Gross (ed.) "Law in Philosophical Perspective", cit., p.46-65. Hay trad. italiana de V.Frosini, cit., "Il Positivismo e la Separazione tra Diritto e Morale", p.107-166. Hay trad. cast. de G.R.Carrió, cit., "El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral", p. 1-64.

"Decision, Intention and Certainty". En colaboración con S.Hampshire, en Mind, 67, 1958, p.1-12.

"Dias and Hughes on Jurisprudence". Journal of the Society of Public Teachers of Law, n.s.4., 1958, p. 143-149.

"A View of America". 59 The Listener, 1958, p. 89 y ss.

"Immorality and Treason". Listener, 30 de julio de 1959, p.162 y ss. Reimpreso en R.Dworkin(ed.), "The Philosophy of Law", cit., - 1977, p. 83-88, y en L.J.Blom-Cooper(ed.), "The Law as Literature", Bodley Head, 1961.

"Scandinavian Realism". 17 Cambridge Law Journal, 1959, p. 233-240.

"Causation in the Law". En colaboración con A.M. Honoré, Clarendon Press, Oxford, 1959.

"Prolegomenon to the Principles of Punishment". Proceedings of the Aristotelian Society 60, 1959-60, p.1-26. Reimpreso en "Punishment and Responsibility", cit., p. 1-27.



HART, H.L.A.(cont.) : "The Concept of Law". Clarendon Press, Oxford, 1961. Novena reimpression, 1978. Hay trad.cast. de G.R.Carrió, "El Concepto de Derecho", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1963. Después de su 2ª ed. la trad. de Carrió se ha editado en México, Ed. Nacional, 1980. Hay trad. italiana de M.A. Cattaneo, con introd., "Il concetto di diritto", Turín, 1965.

"Negligence, Mens Rea and Criminal Responsibility". Oxford Essays in Jurisprudence, A.Guest (ed.), Clarendon Press, Oxford, 1961, p.29-49. Reimpreso en "Punishment and Responsibility", cit., 1968, p. 136-157.

"The Use and Abuse of the Criminal Law". Oxford Lawyer 4, nº 1, 1961, p.7-12.

"Crítica" del libro de Dennis Lloyd, "Introduction to Jurisprudence; with selected texts". 77 Law Quarterly Review, - 1961, p.123 y ss.

"Acts of Will and Responsibility". The Jubilee Lectures of the Faculty, Sheffield University Faculty of Law, O.R.Marshall (ed.), Londres, 1961. Reimpreso en 'Punishment and - Responsibility', cit., 1968, p..90-112.

"Bentham.(Lecture on a Mastermind)." Proceedings of the British Academy, 48, 1962, p.297-320.

"Punishment and the Elimination of Responsibility". Hobhouse Memorial Trust Lecture, 16 de mayo de 1961. Athlone Press, Londres, 1962, 32 p. Reimpreso en "Punishment and Responsibility", cit., 1968, p.158-185.

"Crítica" del libro de Richard A.Wasserström, "The Judicial Decision". 14 Stanford Law Review, 1962, p.919-26.

"Acts of Will and Legal Responsibility". Freedom of the Will, O.F. Pears(ed.), MacMillan, Londres, 1963, p.38-47.

"Introduction" al libro de C.H. Perelman, "The Idea of Justice and the Problem of Argument"; trad.de J.Petrie, Routledge & Kegan Paul, Londres, 1963, p. VII-XI.

"Crítica" del libro de Oliver Wendell Holmes, "The Common Law", The New York Review of Books 1, 1963-4, 15-16, nº4, 17 de octubre de 1963. Reimpreso en "Punishment and Responsibility", cit, 1968, nota, p.242-244.

HART, H.L.A.(cont.): "Kelsen Visited". 10 UCLA Law Review, 1963, p. 709-728. Hay trad, cast. de J.Esquivel, "Una visita a Kelsen", Instituto de Investigaciones filosóficas, UNAM, México, Cuadernos de Crítica 4, 1977.

"Law, Liberty and Morality". The Harry Camp Lectures, Oxford University Press, Londres, 1963. Reediciones en 1968-69-71-75-78. Trad. e introd. italiana de G.Gavazzi, "Diritto, morale e libertà", Acireale, 1968.

"Self Referring Laws". Festkrift tillägnad Professor Juris Doktor Karl Olivecrona vid hans Avgång från professor sätet den 30 Juni 1964 av kolleger, lärjungar och vänner. Kungl. Bocktryckeriet P.A. Norstedt & Söner, Estocolmo, 1964, p. 307-316.

"The Morality of the Criminal Law". Dos conferencias, Lionel Cohen Lectures, 1964, Magnes Press, Hebrew University, Jerusalem, Oxford University Press, Londres, 1965. Los dos textos son : a. "Changing Conceptions of Responsibility". y b. "The Enforcement of Morality". La primera conferencia está reimpresa en "Punishment and Responsibility", cit., 1968, p.186-210.

"Crítica" del libro de Lon L. Fuller, "The Morality of Law". 78 Harvard Law Review, 1965, p. 1281-96.

"Il concetto di obbligo". Rivista di Filosofia, 57, 1966, p.125-140, trad. de G.Gavazzi.

"Beccaria and Bentham". Atti del convegno internazionale su Cesare Beccaria, Accademia delle Scienze di Torino, Memorials of the Academy Series 4 a. n° 9, Turin, 1966.

"Bentham on Sovereignty". The Irish Jurist, N.S. 2, 1967, p.327-335.

"Intention and Punishment". Oxford Review 4, 1967, p.5-22. Reimpreso en "Punishment and Responsibility", cit., p.113-135.

"Varieties of Responsibility". 83 Law Quarterly Review, 1967, p. 346-364. Reimpreso en "Punishment and Responsibility", cit., 1968, 1ª parte del cap. IX, "Proscript: Responsibility and Retribution", p. 211-230.

"Legal Positivism". Encyclopedia of Philosophy, P.Edwards (ed.), vol.4, MacMillan and Free Press, Nueva York, 1967, p.418-420.

"Problems of Philosophy of Law". Encyclopedia of Philosophy, P.Edwards(ed.), vol.6, MacMillan and Free Press, Nueva York, 1967, p. 246-276.

HART, H.L.A.(cont.): "Social Solidarity and the Enforcement of Morality". 35 University of Chicago Law Review, 1967-68, p. 1-13.

"Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law". Clarendon Press, Oxford, 1968. Reimpreso, con revisiones, en 1970, 1973, 1978. Hay proyecto de trad. italiana en ed. di Comunità.

"Kelsen's Doctrine of the Unity of Law". Ethics and Social Justice, M.K. Munitz (ed.) y H.E. Kiefer, p. 171-99. Vol.4 of Contemporary Philosophic Thought: The International Philosophy Year Conferences at Brockport; State University of New York Press, Albany, 1968-70. Hay trad.cast. en el Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Instituto de Investigaciones Jurídicas, año VII, nº21, sept.-dic. 1974, p. 105-140.

"Duty". Voz de la International Encyclopedia of Social Sciences, David L. Stills (ed.), vol.4, p.320-23, MacMillan and Free Press, Nueva York, 1968.

"Introducción, notas críticas e índice" de J.Bentham, "An Introduction to the Principles of Morals and Legislation", con J.H.Burns, Athlone Press, Londres, 1970.

"Introducción, notas críticas e índice" de J.Bentham, "Of Laws in General", Athlone Press, Londres, 1970.

"Ihering's Heaven of Concepts and Modern Analytic Jurisprudence". Ihering's Erbe; Göttinger Symposium zur 150. Wiederkehr des Geburtstags von Rudolph von Ihering, p. 68-78; hrsg von F.Wieacker und Chr. Wollschläger, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1970.

"Bentham's 'Of Laws in General'". 2 Rechtstheorie, 1971, p.55-66.

"Bentham on Legal Powers". 81 Yale Law Journal, 1972, p.799-822.

"Abortion Law Reform; the English Experience". 8 Melbourne University Law Review, 1972, p. 388-411.

"Bentham on Legal Rights". Oxford Essays in Jurisprudence, 2nd. series, A.W.B. Simpson, Clarendon Press, Oxford, 1973, p.171-201.

"Bentham and the Demystification of the Law". 36 Modern Law Review, 1973, p. 2-17.

"Rawls on Liberty and Its Priority". 40 University of Chicago Law Review, 1973, p.534-555.

-387-

HART, H.L.A.(cont.): "Jurisprudence". Voz en The Concise Encyclopedia of Western Philosophy and Philosophers, edición de J.O. Urmson, 1960. Hay trad.cast. de la 2ª ed. revisada de 1975, de Ana Sánchez, ed. Cátedra, Madrid, 1979, con el título "Enciclopedia concisa de Filosofía y Filósofos". La voz "Jurisprudence" ha sido traducida erróneamente por "Jurisprudencia".

"1776-1976: Law in the Perspective of Philosophy". 51 New York University Law Review, 1976. Hay trad. cast. de R.Tamayo y Salmorán y A.Ortiz, "El Derecho en la perspectiva de la Filosofía: 1776-1976", Instituto de Investigaciones Jurídicas, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, año XI, nº33, sept.-dic., 1978, - UNAM. El texto fue dictado como conferencia el 30 de abril de 1976 en las conferencias del Bicentenario de la "New York University School of Law", con el título, "American Law: The Third Century".

"Bentham and the United States of America". The Journal of Law and Economics, vol. XIX(3), Octubre, 1976, p. 547-567.

"American Jurisprudence through English eyes: the Nightmare and the Noble Dream". Georgia Law Review, vol. 11, Septiembre, 1977, nº 5, p. 969-989.

"Edición crítica", en colaboración con J.H.Burns, de J.Bentham, "A Comment on the Commentaries" y "A Fragment on Government", Athlone Press, Londres, 1977.

"Utilitarianism and Natural Rights". Tulane Law Review, vol.53, abril, 1979, nº3, p. 663-680. Hay trad. cast. de Juan Ramón de Páramo, "Utilitarismo y Derechos Naturales", Anuario de Derechos Humanos, nº 1, Facultad de Derecho, Instituto de Derechos Humanos, Universidad Complutense de Madrid. Una versión más abreviada de este artículo fue dictada como "Shell Foundation Lecture" en la "Tulane University School of Law", el 10 de Noviembre de 1978, y en la "Academy of Athens" el 13 de Diciembre de 1977. Una primera versión de este artículo fue publicada en "52 Proc. of the Acad. of Athens, 162", 1977.

"Between Utility and Rights". The Idea of Freedom, Alan Ryan(ed.), Oxford University Press, 1979, p. 77-98. También, en 79 Columbia Law Review, 1979, p. 827-46. Una versión más abreviada de este ensayo fue dictada como "John Dewey Memorial Lecture", en "Law School of Columbia University", el 14 de Noviembre de 1978. En octubre de 1979, el profesor Hart dictó la versión completa de este ensayo en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, versión trad. por M.D. Glez.Soler, F. Laporta y L.Hierro, "Entre el Principio de Utilidad y los Derechos Humanos", Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, nº58, - 1980, p. 7-28.

HART, H.L.A.(cont.) : "El nuevo desafío al positivismo jurídico". Texto de la conferencia pronunciada por el profesor Hart en la Universidad Autónoma de Madrid, el 29 de octubre de 1979. Traducción del original inglés por L. Hierro, F. Laporta y J.R. de Páramo, revista "Sistema", nº 36, mayo, 1980, p. 3-18.

"The House of Lords on attempting the impossible". En "Crime, Proof & Punishment. Essays in Memory of Sir Rupert Cross", Oxford, 1981.

HARTNACK, J.: "Wittgenstein og den Moderne Filosofi". Gyldendalske Boghandel, Copenhagen, 1962. Hay trad.cast. de Jacobo Muñoz, y prólogo, "Wittgenstein y la filosofía contemporánea", Ariel, Barcelona, 1972.

HAYEK, F.A.: "The Principles of a Liberal Social Order". IL Politico, XXXI, 1966, p.601-618.

"Ordinamento giuridico e ordine sociale". IL Politico, XXXIII, 1968, p. 693-723.

"Los fundamentos de la libertad". Unión Editorial, Madrid, 1975. Ed. or. "The Constitution of Liberty", Univ. of Chicago Press, 1959.

"Derecho, Legislación y Libertad. Vol. 1, Normas y Orden. Vol.2, El espejismo de la justicia social." Unión Editorial, Madrid, 1978 y 1979. Ed.or. "Law, Legislation and Liberty".vol 1,"Rules and Order". vol.2,"The Mirage of Social Justice", The Univ. of Chicago Press, Chicago, y Outledge and Kegan Paul, Londres, 1976.

HEARN, W.E.: "The theory of Legal Duties and Rights. An Introduction to Analytical Jurisprudence". Melbourne, 1883.

HECK, Ph.: "Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz". 1932, trad. al inglés con el título, "The Formation of Concepts and the Jurisprudence of Interests", Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1948.

HEMPEL, C.G.: "Aspects of Scientific Explanation and Other Essays in the Philosophy of Science". Nueva York, The Free Press, 1965.

"Philosophy of Natural Science". Prentice Hall Foundations of Philosophy Series, 1966. Trad. cast. de A.Deaño, "Filosofía de la Ciencia Natural", Alianza ed., Madrid, 1973.

HENKIN, L. : "Morals and the Constitution: the Sin of Obscenity". Columbia Law Review, 1963, vol.63, p.393 y ss.

HERNANDEZ GIL, A.: "Metodología del Derecho". Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1945.

"Metodología de la Ciencia del Derecho". Ed. del autor, tomos I y II, Madrid, 1971; tomo III, Madrid, 1973.

"La ciencia jurídica tradicional y su transformación". Cuadernos Civitas, Ed. Civitas, Madrid, 1981.

HIERRO S.F., J.: "La argumentación filosófica y la argumentación jurídica". Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid, 1966, p. 189-198.

"Problemas del análisis del lenguaje moral". Ed. Tecnos, Madrid, 1970.

"Normas y valoraciones". En "Teoría y Sociedad: Homenaje al profesor Aranguren", Ariel, Barcelona, 1970.

"La teoría de las ideas innatas en Chomsky". Ed. Labor, Barcelona, 1976.

"Estatuto epistemológico de los conceptos mentales". Boletín Informativo de la Fundación Juan March, Madrid, abril, 1979.

HIERRO, L.: "El Realismo jurídico escandinavo". Fernando Torres, Valencia, 1982.

HILL, R.E.: "Legal Validity and Legal Obligation". 80 Yale Law Journal, 1970, p. 47-75.

HOBBS, Th.: "A Dialogue between a Philosopher and a Student of the Common Laws of England". Ed. e int. de J. Cropsey, The Univ. of Chicago Press, Chicago y Londres, 1971. (ed. or. 1681).

"Elementos de Derecho Natural y Político". Centro de Estudios Constitucionales, ed. de D. Negro Pavón, Madrid, 1979. ("Elements of Law Natural and Politic". Ed. de F. Tönnies, Cambridge, 1927.).

"Leviathan". M. Oakeshott, Oxford, 1951. La edición de sus obras completas se debe a W. Molesworth, Londres, 1839-1845. En castellano, vid. la edición de C. Moya y A. Escobedo, Ed. Nacional, Madrid, 1979.

"Del Ciudadano". Instituto de Estudios Políticos, Caracas, 1966. Traducción del latín de A. Catrysse e introd. de N. Bobbio.

HOEBEL, E.A.: "The Law of Primitive Man". Cambridge, Harvard Univ. Press, 1954.

- HOEBEL, E.A. -LLEWELLYN, K.N.: "The Cheyenne Way: Conflict and case Law in Primitive Jurisprudence". Univ. of Oklahoma Press, 1941.
- HOHFELD, W.N.: "Some fundamental legal conceptions as applied to judicial reasoning". 23 Yale Law Journal, New Haven, Connecticut, p. 16 y ss, 1913. La trad.cast. de G.A.Carrió, "Conceptos jurídicos fundamentales", Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1968, se ajusta al texto incluido en el libro de Hohfeld, "Fundamental Legal Conceptions", Yale Univ. Press, 2ª reimpresión, 1964.
- HOLMES, O.W.: "The Common Law". Boston, 1881.
- "The Path of the Law". Collected Legal Papers, Nueva York, 1920. Hay trad. cast. "La senda del Derecho", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1975.
- HOLLAND, T.E.: "The Elements of Jurisprudence". 13ª ed. Oxford, 1924. Ed.Or. 1880.
- HOLLIS, M.: "Witchcraft and Winchcraft". Philosophy of the Social Sciences, vol. 2, 1972.
- HUGHES, G.: "The Existence of a Legal System". New York University Law Review, 1960, p. 1001-1030.
- "Morals and the Criminal Law". New Individualist Review, 1962, vol.2, p. 29 y ss.
- "Professor Hart's Concept of Law". 25 Modern Law Review, 1962, p.319 y ss.
- "Rules, Policy and Decision Making". 77 Yale Law Journal, 1968, p. 411 y ss.
- "Validity and the Basic Norm". 59 California Law Review, 1971, p.695 y ss.
- HULL, C.L.: "Principles of Behavior". Nueva York, Appleton-Century-Crofts, 1943.
- HUME, D.: "Treatise of Human Nature". T.H.Green y T.H.Grose, Londres, 1909. 2 vols. En cast., vid. "Tratado sobre la naturaleza humana", trad., introd.y notas de F.Duque, Ed.Nacional, Madrid, 1977.
- "An Enquire concerning the Principles of Morals". (1777). En The Philosophical Works, T.Hill Green y T.Hodge Grose /ed.), 4 vols., Londres, 1882-1886, reed.Aalen, 1964.

HUNT, A. : "The Sociological Movement in Law". The MacMillan Press, Londres, 1978.

IHERING, R.: "Der Zweck im Recht". Dos vols., Leipzig, 1887 y 1884. Hay trad. cast. de D. Abad de Santillán, Ed. Cajica, Puebla, México, 1961.

JAEGER, W.: "The Concept of Law"(rev.). Archives de Philosophie du Droit, 1967, p. 355-363.

JELLINEK, G.: "Teoría General del Estado". Ed. Albatros, Buenos Aires, 1978. Ed. or. "Allgemeine Staatslehre", Berlín, 1905. La primera edición castellana es de 1914-15.

JONES, J.W.: "Historical Introduction to the Theory of Law". Clarendon Press, Oxford, 1940.

JONES, H.W.: "Law and Morality in the Perspective of Legal Realism". 61 Columbia Law Review, p. 808 y ss.

JORGENSEN, J.: "A Treatise of Formal Logic". Copenhagen y Londres, 1931.

"Some reflexions on Reflexivity". Mind, LXII, Londres, 1953, p. 289 y ss.

JORI, M.: "Il Giurista Selvaggio. Un contributo alla Metodologia della descrizione sociale". Sociologia del Diritto, I, 1974, p. 85-108.

"Il metodo giuridico tra scienza e politica". Giuffrè, Milán, 1976.

"Dalla teoria dell'ordinamento giuridico verso la teoria generale degli ordinamenti normativi". Studi in memoria di Giuliana D'Amelio, Giuffrè, Milán, 1978.

"Hart e l'analisi del linguaggio". Materiali per una storia della cultura giuridica, vol. IX, nº1, junio, 1979. Il Mulino, Bolonia, p. 161-228.

"Il Formalismo Giuridico". Quaderni di Filosofia Analitica del Diritto, Giuffrè, Milán, 1980.

KALINOWSKI, G.: "Théorie, métathéorie ou philosophie du droit chez H. L.A. Hart et A. Ross". Archives de Philosophie du Droit, tomo XV, 1970, p. 179-195.

KANOWITZ, : "The Place of Sanctions in Professor H.L.A. Hart Concept of Law". 5 Duq. Law Review, I, 1966.



KANTOROWICZ, H.: "Der Kampf um die Rechtswissenschaft". Trabajo publicado en 1906, bajo el seudónimo de Gnaeus Flavius. Hay trad. cast. "La lucha por el Derecho", incluido en el volumen, "La Ciencia del Derecho", ed. Losada, Buenos Aires, 1949.

"La Definición del Derecho". Rev. de Occidente, Madrid, 1964. Trad. del inglés, "The Definition of Law", The Syndics of The Cambridge Univ.Press, Londres, 1958.

KEETON, G.W.-SCHWARZENBERGER, G.(ed.): "Jeremy Bentham and the Law. A Symposium". Stevens & Sons, Londres, 1948. Ensayos de H.F. Joelowicz, M.Fry, M.I. Zagday, G.W.Keeton, O.R.Marshall, R.H.Graveson, R.C.Fitzgerald, G.Schwarzenberger, C.W.Everett, K.Lipstein, S.G. Vesey-Fitzgerald, W.Friedmann y A.J. Ayer.

KENNY, A.J.P.: "Wittgenstein". The Penguin Press Ltd., Harmondsworth, Middlesex, Londres, 1973. Hay trad.cast. de A.Deaño en Ed. Revista de Occidente, Madrid, 1974.

"Intention and Mens Rea in Murder". En Hacker-Raz (ed.), "Law, Morality and Society", cit., 1977, p. 161-174.

KELSEN, H.: "Teoría General del Derecho y del Estado". UNAM, México, trad. de E.García Máynez, 1ª ed. 1949, 2ª reimpresión de la 2ª ed. 1979. Ed.or. "General Theory of Law and State", Harvard University Press, 1945.

"Sanctions in International Law under the Charter of U.N.". 31 Iowa Law Review, 1946,

"The Natural Law Doctrine before the Tribunal of Science". En What is Justice?, cit.

"What is Justice?". California University Press, 1957.

"Teoría Pura del Derecho". UNAM, México, 1979. Trad. de R.J. Vernengo. Ed.or. "Reine Rechtslehre", Viena, 1960.

"Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho". Centro Editor de America Latina, Buenos Aires, 1969.

KING, B.E.: "The Basic Concept of Professor Hart's Jurisprudence". Cambridge Law Journal, 1963, p. 270-303.

KLIEMT, H.: "Filosofía del Estado y criterios de legitimidad". Ed.Alfa, Buenos Aires, 1979. Versión cast. de E.Garzón Valdés del original alemán, "Untersuchungen über die Begründbarkeit. Staat - Philosophischer Legitimitätskriterien", 1978.

- KNEALE, W. y M.: "The Development of Logic". The Clarendon Press, Oxford, 1961. Trad.cast. de J.Muguerza, "El Desarrollo de la Lógica", Tecnos, Madrid, 1972.
- KOLAKOWSKI, L.: "Die Philosophie des Positivismus". Panstwowe Wydawnictwo Naukowe, Varsovia, 1966. Hay trad.cast. de G.Ruiz-Ramón, "La filosofía positivista", Ed.Cátedra, Madrid, 1979.
- KRAFT, V.: "Der Wiener Kreis". Viena, 1950. Hay trad.cast. de F.Gracia, "El Círculo de Viena", Taurus, Madrid, 1966.
- KRIELE, M.: "L'obbligo giuridico e la separazione positivista fra diritto e morale". Rivista di Filosofia, cit.(varios), 1966, p. 193-213.
- KRONMAN, A.T.: "Hart, Austin and the Concept of a Legal System: The Primacy of Sanctions". The Yale Law Journal, vol.84,nº3,enero, 1975, p. 584-607.
- KUNZ, K.L.: "Die Analytische Rechtstheorie: Eine 'Rechts' theorie Ohne Recht". Berlín, 1977.
- KURTZ, P. : "American Philosophy in the Twentieth Century". The Mac-Millan Company, Londres, 1966. Hay trad.cast. de F.J.Perea, "Filosofía norteamericana en el siglo veinte", F.C.E., México, 1972.
- "Morals Problems in Contemporary Society". Englewood Cliffs, N.Jersey, Prentice-Hall, 1969.K.L.Kunz(ed.).
- LADD, J.: "The Ethical Dimensions of the Concept of Action". Journal of Philosophy, LXII, 1965, p. 633-645.
- LAMO DE ESPINOSA, E. : "Derecho, revolución y cambio social". Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, nº 55, Invierno 1979, p.51-78.
- LARENZ, K.: "Methodenlehre Der Rechtswissenschaft". Springer-Verlag, Berlin-Heidelberg, 1979, 4ª ed., 1ª ed. 1960. Hay trad.cast. de la 4ª ed. alemana de M.R.Molinero, "Metodología de la Ciencia del Derecho", Ariel, Barcelona, 1980.
- LAZZARO, G. : "Il diritto come forma". Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, XXXIX, 1962, p.636-655.
- LEE, K. K. : "Hart's Primary and Secondary Rules". Mind, 1968, p.561-564.
- "The Concept of Law"(rev.). Mind, 1962, p. 395-412.

- LEISER, B.M.: "Liberty, Justice and Morals: Contemporary Value Conflicts". The MacMillan Company, Nueva York, 1973.
- LEONI, B.: "On a Recent Theory of the Legal Obligation". Il Politico, 31, 1966, p. 535-539.
- LEVI, E.H.: "An Introduction to Legal Reasoning". 15 University of Chicago Law Review, 1948. Hay trad. cast. "Introducción al razonamiento jurídico", Eudeba, Buenos Aires, 1964.
- LEVI-STRAUSS, C.: "The Principle of Reciprocity". En "Sociological Theory", L.Coser y B.Rosenberg (ed.), Nueva York, MacMillan, 1957.
- LEWIS, J.U. : "Moral obligation and the Concept of Law". 23 Rutgers Law Review, 1968, p. 68-81.
- LOCKE, J.: "Essay Concerning Human Understanding". 1690, Fontana Collins, Londres, 1973, 5ª reimpresión. Hay trad.cast. de S.Rábade y M.E. García, "Ensayo sobre el entendimiento humano", Ed.Nacional, Madrid, 2 vols., 1980.
- LOSANO, M.: "Forme e realtà in Kelsen". Ed. di Comunità, Milán, 1981.
- LOUCH, A.R. : "The Very Idea of a Social Science". Inquiry, nº6, 1963.
- "On Misunderstanding Mr. Winch". Inquiry, nº8, 1965.
- "Explanation and Human Action". Blackwell, Oxford, 1966.
- LOVIN, K.: "H.L.A. Hart and the Morality of Law". The American Journal of Jurisprudence, 1976, vol.21.
- LUCAS, J.R.: "The Phenomenon of Law". En Hacker-Raz (ed.), cit., "Law, Morality and Society", 1977, p.85-98.
- LUMIA, G.: "Controllo sociale, Giurisdizione e Libertà". Giuffrè, Milán, 1971.
- LYONS, D.: "Principles, Positivism and Legal Theory". 87 Yale Law Journal, 1977, p. 415 y ss.
- LLEWELLYN, K.: "The Bramble Bush". Nueva York, 1930. Oceana Publications, Nueva York, 1960.
- "Some Realism About Realism". 44 Harvard Law Review, 1931.
- "The Rule of Law in our case Law". Yale Law Journal, LVIII, 1949.

LLEWELLYN, K.(cont.): "The normative, the legal and the Law jobs".  
Yale Law Journal, LVIII, 1949.

"The Common Law Tradition. Deciding Appeals". Boston, 1961.

LLOYD, D.: "Introduction to Jurisprudence". Stevens & Sons, Londres,  
1ª ed. 1959, 3ª ed. 1972.

MABE, A.R.: "Hart and the Moral Content of Law". The Southern Journal  
of Philosophy, 10, 1972, p. 93-96.

MACBRIDE, W.L.: "The Acceptance of a Legal System". 49 The Monist, -  
1965, p. 377-396.

MACYINTYRE, A.: "The idea of a social science". Aristotelian Society,  
Suppl. vol. 41, 1967. Trad. en A.Ryan, "La filosofía de la  
explicación social", cit., p. 27-53.

MACCORMACK, G.D.: "'Law' and 'Legal System'". 42 Modern Law Review, -  
1979, p. 285 y ss.

MACCORMICK, N.: "Legal Obligation and the Imperative Fallacy". En A.  
W.B. Simpson, "Oxford Essays in Jurisprudence", cit., 1973, p.  
100-130.

"Law as Institutional Fact". 90 Law Quarterly Review, 1974, p.  
102 y ss.

"Rights in Legislation". En Hacker-Raz(ed.), "Law, Morality and  
Society", cit., 1977, p. 189-209.

"Legal Reasoning and Legal Theory". Clarendon Press, Oxford Univ.  
Press, 1978.

"Dworkin as Pre-Benthamite". The Philosophical Review, LXXXVII,  
nº 4, Octubre, 1978, p. 585-607.

"H.L.A. Hart". W. Twining(ed.), Edward Arnold(pbl.), Londres, 1981.

"Natural Law Reconsidered". I Oxford Journal of Legal Studies, 1981.

MACK, E.: "Hart on natural and contractual rights". Philosophical Stu-  
dies, 1976, p. 283-287.

MACKIE, J.L.: "Evil and Omnipotence". Mind, 1955.

"The Grounds of Responsibility". En Hacker-Raz(ed.), "Law, Mora-  
lity and Society", cit., p. 175-188.

- MACKIE, J.L.(cont.): "The Third Theory of Law". Philosophy & Public Affairs, 1977, p. 3-16.
- MAHER, G.: "Analytical Philosophy and Austin's Philosophy of Law". ARSP, Bd. LXIV/3, 1978, p. 401-415.
- MAINE, H.S.: "The Early History of Institutions". Londres, 1875.
- MACPHERSON, C.B.: "The Political Theory of Possesive Individualism". Oxford Univ.Press, 1962. Hay trad. cast. de J.R.Capella, "La teoría política del individualismo posesivo", ed.Fontanella,-1970.
- MAIR, L.: "An Introduction to Social Antropology". Oxford Univ. Press, 1965. Hay trad. cast. "Introducción a la antropología social", Alianza ed., Madrid, 1973.
- MALBERTI, C.: "The Concept of Law" (rev.). Quaderni di Sociologia, 3, 1965, p. 396-397.
- MALINOWSKI, B.: "Crimen y costumbre en la sociedad salvaje". Ariel, Barcelona, 1956. Ed.or."Crime and Custom in savage society", 1926, - Paterson, New Jersey, Littlefield, 1959.
- "The Sexual Life of Savages on Northwestern Melanesia". Routledge & Kegan Paul, Londres, 1932.
- MANNING, C.A.W.: "Austin Today: or the 'Province of Jurisprudence', - reexamined". En "Modern Theories of Law", Londres, 1933.
- MEWETT, A.W.: "Morality and the Criminal Law". Univ. of Toronto Law Journal, vol.14, 1962, p. 213 y ss.
- MIEDZIANAGORA, J.: "Philosophies Positivistes du Droit et Droit Positif". Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1970.
- MILO, R.D.: "Morality and Convention". ARSP, 1972, p. 535 y ss.
- MILL, J.S.: "A System of Logic". Longmans, Green & Co., 8ª ed., Londres, 1906, n.i. 1961. Ed.or. 1843. Hay trad.cast. de E.Ovejero y Maury, Daniel Jorro, Madrid, 1917.
- "Utilitarianism". Londres, 1863. Trad. cast., "El Utilitarismo", Aguilar, Madrid, 1955, 6ª ed. 1980.
- "On Liberty".Londres, 1859. Trad. cast. "Sobre la libertad", Alianza ed., Madrid, 1970.
- MILLER, Ch.A.: "Rules and Exceptions". 66 International Journal of Ethics, 1956.

- MITCHELL, B.: "Law, Morality and Religion in a Secular Society". Oxford Univ. Press, 1967.
- MOORE, E.G.: "A Moral Approach to Law". Crucible, Enero, 1964, p.29 y s.
- MORRIS, H.: "The Concept of Law" (rev.). 75 Harvard Law Review, 1962, p. 1452-1461.
- MUGUERZA, J. : "La Concepción Analítica de la Filosofía". Edición e introducción de J.Muguerza, 2 tomos, Alianza Univ., Madrid, 1974.
- "La razón sin esperanza". Taurus, Madrid, 1977.
- MULLOCK, Ph.: "Some Comments on Professor Hart's Legal System. A Reply to Professor Summers". Duke Law Journal, 1965, p. 62 y ss.
- MUNDLE, C.W.K.: "A Critique of Linguistic Philosophy". Oxford Univ.Press, 1970. Hay trad.cast. de M.Mtnez. Peñaloza, "Una crítica de la filosofía lingüística", F.C.E., México, 1975.
- NADEL, L.(ed.): "The Ethnography of Law". American Anthropologist, LXVII, diciembre, 1965, nº6.
- NAGEL, E.: "On the Fusion of Fact and Value: A Reply to Professor Fuller". 3 Natural Law Forum, 1958, p. 77 y ss.
- "Fact, Value and Purpose". 4 Natural Law Forum, 1959, p.26 y ss.
- NAKHNIKIAN, G.: "Professor Fuller on Legal Rules and Purpose". 2 Wayne Law Review, 1956, p. 190-197.
- "El derecho y las teorías éticas contemporáneas". Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1968.
- NINO, C.S.: "Consideraciones sobre la dogmática jurídica". UNAM, México, 1974.
- "Some Confusions around Kelsen's Concept of Validity". ARSP, LXIV/3, 1978, p. 357-376.
- "Introducción al análisis del Derecho". Ed.Astrea, Buenos Aires, 1980.
- "Dworkin y la disolución de la controversia 'Positivismo vs. Iusnaturalismo'". Revista Latinoamericana de Filosofía, vol.VL, nº3, nov. 1980, p.215-234.
- NOONAN, J.T.: "The Concept of Law". (rev.). Natural Law Forum, 1962, p. 169-177.

- NOWELL-SMITH, P.H.: "Ethics". Londres, 1954. Hay trad. cast. de G. Gutiérrez, "Etica", Ed. Verbo Divino, Estella, 1976.
- OBERDIEK, H.: "The Role of Sanctions and Coercion in Understanding Law and Legal Systems". The American Journal of Jurisprudence, vol. 21, 1976, p. 71-93.
- OGDEN, C.K.: "Bentham's Theory of Fictions". Kegan Paul, Londres, 1932.
- OGDEN, C.K.-RICHARDS, I.A.: "The meaning of meaning". Routledge & Kegan Paul, Londres, 1966. 1ª ed. 1923. Hay trad. cast., "El Significado del Significado", Paidós, Buenos Aires, 1964.
- OLIVECRONA, K.: "Legal Language and Reality". Essays in Jurisprudence in honor of Roscoe Pound, 1962, Bobbs Merrill Company Ind. Indianapolis, Nueva York. Hay trad. cast., "Lenguaje jurídico y realidad", Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1968.
- "Law as Fact". Stevens & Sons, Londres, 1971. Hay trad. cast. de esta 2ª ed. de L. López Guerra, "El Derecho como Hecho", Labor, Barcelona, 1980. La 1ª ed. es de 1939.
- OPALEK, K.: "'Doing things with words' and the law". Anuario de Filosofía del Derecho, tomo XVII, 1973-74. Madrid, p. 233-243.
- OPPENHEIM, F.E.: "Moral Principles in Political Philosophy". Random House, Nueva York, 1968. Hay trad. cast. "Etica y Filosofía Política", F.C.E., México, 1976.
- PALEY, W.: "The Principles of Moral and Political Philosophy". Boston, 1801. 1ª ed. 1785.
- PAPPE, H.O.: "On the validity of judicial decisions in the nazi era". 23 Modern Law Review, 1960, p. 260-274.
- PARSONS, T.: "The Law and Social Control". En "Law and Sociology: Exploratory Essays", W.M. Even (ed.), New York Free Press, 1962.
- PASSERIN D'ENTREVES, A.: "Natural Law: An Introduction to Legal Philosophy". Hutchinson & Co., Londres, 1951. Hay trad. cast. de M. Hurtado, "Derecho Natural", Aguilar, Madrid, 1972.
- "Un 'noyau de bon sens' (à propos de la théorie du droit naturel chez H. Hart)". Revue Internationale de Philosophie, 1963, p. 312-334.
- "Intorno all'obbligo politico". Rivista di Filosofia, 1966, p. 156-164, cit. en VARIOS.

PASSERIN D'ENTREVES, A.(cont.): "The Notion of the State". Oxford Univ. Press, 1967. Hay trad.cast. de Fdez.Galiano, "La noción del Estado", Euramérica, Madrid, 1970.

"Obbedienza e resistenza in una società democratica". Ed. di Comunità, Milán, 1970.

PASSMORE, J.: "A Hundred Years of Philosophy". Rev.Ed.Nueva York, Basic Books, 1966. Hay trad.cast. de P.Castrillo, "100 años de filosofía", Alianza ed., Madrid, 1981.

PATTARO, E.: "Il Realismo giuridico come Alternativa al Positivismo giuridico". Riv.Int. di Fil. del Diritto, 1971, p. 61-126.

"Il Realismo Giuridico Scandinavo. I. Axel Hägerström". Cooperativa Libreria ed., Bolonia, 1974, reimp. 1975.

"Filosofia del Diritto. Diritto. Scienza giuridica". C.L.U.E.B., Bolonia, 1978. Hay trad.cast. y notas de J.Iturmendi, "Filosofía del Derecho. Derecho y Ciencia Jurídica.", Reus, Madrid, 1980.

PATTERSON, E.W.: "Logic in the Law". Univ. of Pennsylvania Law Review, nº 90, 1942, p. 875 y ss.

"Jurisprudence. Men and Ideas of the Law". Foundation Press, Brooklyn, 1953.

PAYNE, M.: "Hart's Concept of a Legal System". William & Mary Law Review, 1976, p. 287-319.

PEARS, D.: "An Original Philosopher". The Times Literary Supplement, 9 de febrero de 1962. Reimpreso en K.T. Fann, "Symposium...", cit.

"Wittgenstein and Austin". En B.Williams y A.Montefiore(ed.), "British Analytical Philosophy", Londres, Routledge & Kegan Paul, 1966.

PECES-BARBA, G.: "Libertad, Poder, Socialismo". Civitas, Madrid, 1978.

PECZENIK, A.: "The structure of a Legal System". Rechtstheorie 1/1975, p. 1-16.

PELLEGRINO FALCHI, M.A.: "Il fondamento sociale e politico del diritto nell'analisi de Hart". Annali della Facoltà di Scienze Politiche, Genova, 1974.

PENNOCK, J.R.: "The Problem of Responsibility". Responsibility, Nomos III, C.J.Friedrich (ed.), Liberal Arts Press, Nueva York, 1960, p. 3-27.



PETERS, R.S.: "Hobbes". Pelican Books, Londres, 1956.

"The Concept of Motivation". Routledge & Kegan Paul, 2ª ed. ,  
Londres, 1960.

PITCHER, G.: "Hart on Action and Responsibility". The Philosophical Re-  
view, nº 69, 1960, p.226-235.

PITKIN, H.F.: "Wittgenstein and Justice". Univ. of California Press,  
California, 1972.

POLIN, R.: "Politique et philosophie chez Th. Hobbes". P.U.F., París,  
1952.

POPPER, K.R.: "El desarrollo del conocimiento científico. Conjeturas  
y refutaciones". Ed.or. "Conjectures and Refutations: The  
Growth of Scientific knowledge", Basic Books, Nueva York, 1962.  
La ed. cast. en Paidós, Buenos Aires, 1967.

POUND, R.: "The scope and purpose of sociological jurisprudence". 24  
Harvard Law Review, 1911, p.591 y ss, y 25 H.L.R., 1911-12, p.  
140-168, 489-516.

"The Spirit of the Common Law". Marshall Jones Co., Frankestown,  
New Hampshire, 1921.

"Law and Morals". Univ. North California Press, 1926.

"Interpretations of Legal History". Cambridge Univ. Press, 1946.  
1ª ed. 1923. Hay trad.cast. de J.Puig-Brutau, "Las grandes ten-  
dencias del pensamiento jurídico", Ariel, Barcelona, 1950.

"An Introduction to the Philosophy of Law". Londres, 1954.

PUTNAM, H.: "The Analytic and the Synthetic". 3 Minnesota Studies in  
the Philosophy of Science, H.Feigl & G.Maxwell eds., 1962, p.  
378 y ss.

QUINE, W.V.: "J.L.Austin: Comment". Journal of Philosophy, LXII, 19, p.  
509-510. Trad. en J.Muguerza, "La concepción analítica...", cit.,  
p. 539-544.

RABOSI, E.A.: "La justificación moral del castigo". Ed.Astrea, Buenos  
Aires, 1976.

RADBRUCH, G.: "Gesetzliches Umrecht und übergesetzliches Recht". Süddeut  
Juristen Zeitung, nº 5, 1946. Hay trad.cast. "Arbitrariedad legal  
y Derecho suprallegal", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1962.

-801-

RADBRUCH, G.(cont.): "Der Geist des englischen Rechts". Vanderhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1956.

RANKIN, K.W.: "Choice and Chance". Oxford, 1960.

RAPHAEL, D.D.: "Problems of Political Philosophy". MacMillan, Londres, 1976.

"Morals and Politics". Londres, 1977.

RAWLS, J.: "Two concepts of rules". The Philosophical Review, 64, 1955.  
Hay trad.cast. en Ph. Foot, "Teorías sobre la Etica", cit.

"A Theory of Justice". Harvard College, 1971. Hay trad.cast. de M.D.Glez. Soler, "Teoría de la Justicia", F.C.E., México, 1978.

RAZ, J.: "The Concept of a Legal System". Oxford Clarendon Press, 1970, 1973, 1978. Hay trad. italiana e introd. de la 2ª ed. inglesa de P. Comanducci, "Il concetto di sistema giuridico", Il Mulino, Bologna, 1977.

"The Identity of Legal Systems". California Law Review, 1971, p. 795-815. Hay trad.cast. en el Boletín Mexicano de Derecho Comparado, 1974, p. 139-64.

"Voluntary Obligations and Normative Powers". Aristotelian Society, Suppl.vol. XLVI, 1972, p. 79-102.

"Legal Principles and the Limits of Law". The Yale Law Journal, 1972, V, p. 823-58. Reproducido en "Philosophy of Law", Feinberg Gross (eds.), cit., 1975.

"On the Functions of Law". En "Oxford Essays in Jurisprudence", A.W.B. Simpson, 2ª serie, cit., 1973, p. 278-304.

"Kelsen's Theory of the Basic Norm". The American Journal of Jurisprudence, 1974, p. 94-111.

"The Institutional Nature of Law". The Modern Law Review, 1975, p. 489-503.

"Practical Reason and Norms". Hutchinson, Londres, 1975.

"Kelsen's General Theory of Norms". Philosophia, 1976.

"The Rule of Law and its Virtue". The Law Quarterly Review, 1977.

"Legal Validity". ARSP, 1977.

- "Promises and Obligations". En "Law, Morality and Society", Hacker-Raz eds., cit., 1977.
- "The Authority of Law . Essays on Law and Morality". Clarendon Press, Oxford, 1979. Aunque en este libro hay novedades, recoge gran parte de los ensayos anteriormente citados.
- "Permissions and Supererogation". American Philosophical Quarterly, 1975.
- "Prof. Dworkin's Theory of Rights". Political Studies, 1978, p.123 y ss.
- REBUFFA, G.: "Constituzionalismo e Giusnaturalismo: Ronald Dworkin e la riformulazione del diritto naturale". Materiali per una storia della cultura giuridica, vol.X, nº1, 1980, p.209-229, Il Mulino, Bologna.
- RESCHER, N.: "Conditional permission in deontic logic". Philosophical Studies, 13, 1962.
- "Semantic foundations for conditional permission". Philosophical Studies, 18, 1967.
- RICHARDS, D.A.J.: "A Theory of Reasons for Action". Oxford Univ.Press, 1971.
- "Rules, Policies, and Neutral Principles: the search for Legitimacy in Common Law and Constitutional Adjudication". Vid.VARIOS, "Jurisprudence Symposium", Georgia Law Review, 1977.
- ROBILANT, E.di : "Modelli nella filosofia del diritto". Bolonia, 1968.
- "Modelli nella teoria del diritto". Riv.trimestrale di diritto e procedura civile, 1970, p. 705-721.
- ROMA, E.: "Positivism and the Connection of Law and Morality". ARSP, 1972, p. 397-419.
- RORTY, R.M.: "Linguistic Turn: recent essays in philosophic method". Chicago Univ.Press, 1967.
- ROSS, A. : "On Law and Justice". Stevens & Sons, Londres, 1958. Hay trad. cast. de G.R. Carrió, "Sobre el Derecho y la Justicia", Eudeba, Buenos Aires, 1963.
- "Validity and the conflict between legal positivism and natural law". Publicado en texto bilingüe, "El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el Derecho Natural", Revista Jurídica de Buenos Aires, nº 4, 1961, p.46-93. Ahora en "El concepto de validez y otros ensayos", Centro Editor de America Latina, Buenos Aires, 1969, p.9-46.

ROSS, A. (cont.) : "The Concept of Law"(rev.). The Yale Law Journal, 1962, p. 1185-1190.

"On self-reference and a difficult puzzle of Constitutional Law", 1967. Hay trad.cast. "Sobre la auto-referencia y un difícil problema de Derecho constitucional", Trad. de E.Bulygin y E.Garzón Valdés, en "El concepto de validez...",cit.,p.49-81.

"Rise and Fall of the doctrine of Performatives". 1967. Hay trad.cast. de Bulygin-Garzón Valdés,"Grandeza y decadencia de la doctrina de las expresiones realizativas", en "El concepto de validez...",cit., p.109-133.

"Directive and Norms". T. Honderich ed., Routledge & Kegan Paul, Londres, 1968. Hay trad.cast. de J.Hierro S.P., "Lógica de las normas", Tecnos, Madrid, 1971.

"El concepto de validez y otros ensayos". Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1969.

ROSTOW, E.: "The Enforcement of Morals". Cambridge Law Journal, nov., 1960, p.174 y ss.

RUDNER, R.S.: "Philosophy of Social Science". Prentice-Hall, Londres, 1966. Hay trad.cast. de D.Cano, "Filosofía de la Ciencia Social", Alianza ed., Madrid, 1973.

RUMBLE, W.E.: "American Legal Realism". Cornell Univ.Press, Ithaca, 1968.

RUSSEL, B.: "Les paradoxes de la logique". Revue de Méthaphysique et de la Morale, 14, 1906, p. 294-317.

"Logic and Knowledge". George Allen and Unwin, Londres, 1956. Hay trad.cast. de J.Muguerza, "Lógica y Conocimiento", Taurus, Madrid, 1966.

RYAN, A.: "The Philosophy of the Social Sciences". MacMillan, Londres, 1970. Hay trad.cast. de E.Martín López, "Metodología de las Ciencias Sociales", Euramérica, Madrid, 1973.

"The Philosophy of Social Explanation". A.Ryan (ed.). Oxford Univ. Press, 1973. Hay trad.cast. de C.Haydee, "La Filosofía de la Explicación Social", F.C.E., México, 1976. Ensayos de A.MacIntyre, M.Hollis, G.C.Homans, R.P.Dore, J.W.N.Watkins, M.Mandelbaum, S.Lukes, E.Nagel, Ch.Taylor, W.G.Runciman y A.Schutz.

RYLE, G.: "Knowing how and Knowing that". Proceedings of the Aristotelian Society, 1945-46.

RYLE, G.(cont.): "The Concept of Mind". Harmondsworth, Middlesex, Penguin Books, Londres, 1963. 1ª ed. de 1949. Hay trad.cast. "El concepto de lo mental", Paidós, Buenos Aires, 1967.

"Ordinary Language". Philosophical Review, 1953.

SACRISTAN, M.: "Introducción a la lógica y al análisis formal". Ariel, Barcelona, 1964, 2ª reimp.1973.

SALMOND, J.: "The First Principles of Jurisprudence". Stevens & Maynes, Londres, 1893.

"Jurisprudence". Londres, 1902.

SANCHEZ DE ZAVALA, V.: "Sobre la historia reciente y la metodología de la semántica". En "Teoría y Sociedad", cit.,vid.VARIOS, 1970, p.9-58.

SARTORIUS, R.: "The Concept of Law"(rev.). ARSP, vol.1966, 11LII/2, p. 161-190. Ahora en Summers(ed.) "More Essays in Legal Philosophy", cit.,.

"The Justification of Judicial Decision". 78 Ethics, 1968, p.171 y ss.

"Social Policy and Judicial Legislation". 8 American Philosophical Quarterly, 1971, p.151 y ss.

"The Enforcement of Morality". The Yale Law Journal, vol.81, nº5, Abril, 1972.

"Individual Conduct and Social Norms". Dickenson, California, 1975.

SAUNDERS, J.T.-HENZE, D.F.: "The Private Language Problem. A Philosophical Dialogue". Nueva York, 1967.

SCARPELLI, U.: "Filosofia analitica e giurisprudenza". Instituto Ed. Cisalpino, 1953.

"Contributo alla semantica del linguaggio normativo". Accademia delle Scienze, Turín, 1959.

"Filosofia analitica, norme e valori". Ed. Comunità, Milán, 1962.

"Cos'è il positivismo giuridico". Ed. Comunità, Milán, 1965.

"Le 'proposizioni giuridiche' come precetti reiterati". Riv.Int. di Fil. del diritto, 1967, p.465-482.

"Semantica, morale, diritto". Giappichelli, Milán, 1969.

- SCARPELLI, U.(ed.): "Diritto e Analisi del linguaggio". Ensayos de Austin, Bobbio, Carrió, Sforza, Olivecrona, Opalek, Oppenheim, Pattaro, Ross, Scarpelli, Tarello, Williams, Wollheim, Wróblewski. Ed.di Comunità, Milán, 1976.
- "Thomas Hobbes. Linguaggio e leggi naturali; il tempo e la pena". Quaderni di Filosofia Analitica del Diritto, Milán, Giuffré, 1981.
- SCHAPER, I.: "Malinowski's Theories of Law". En "Man and Culture", R.W.Firth ed., 1957.
- SCHUR, E.M.: "Law and Society. A Sociological View". Random House, Nueva York, 1968.
- SCHWARZ, A.B.: "John Austin and the German Jurisprudence of his time". Politica, vol.I, 1934-35, p. 178 y ss.
- SEARLE, J.R.: "How to Derive 'Ought' from 'Is'". The Philosophical Review, 1964, p.43 y ss.
- "What is a Speech Act?". Philosophy in America, Londres, Allen & Unwin, 1965, p.221-239. Hay trad. cast., introd. y selección bibliográfica de L.M.Valdés Villanueva, "¿Qué es un Acto de Habla?", Rev. Teorema, Valencia, 1977.
- "Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language". Londres, N. York, Cambridge Univ.Press, 1970. Hay trad.cast. de L.M.Valdés Villanueva, "Actos de Habla", ed.Cátedra, Madrid, 1980.
- "The Philosophy of Language". Oxford Univ.Press, 1971.
- SHAKANKIRI, M.El: "La philosophie juridique de Jeremy Bentham". L.G.D. J., París, 1970.
- "Analyse du langage et droit chez quelques juristes anglo-américains de Bentham à Hart". Archives de Phil.du Droit, 1970, p.113-149.
- SHATIN, J.: "The Notion of a Minimun Content of Natural Law". A.R.S.P., vol. 1974, LX/4, p. 547-553.
- SIDGWICK, H.: "The Elements of Politics". 4ª ed., Londres, 1919.
- SIEGLER, F.: "Hart on Rules of Obligation". 45 Australasian Journal of Philosophy, 1967, p.341-355.
- SIMMEL, G.: "Die Probleme der Geschichtsphilosophie". 1892. Hay trad. cast., Buenos Aires, Nova, 1950.

- SIMPSON, A.W.B.(ed.): "Oxford Essays in Jurisprudence". 2nd.series, Clarendon Press, Oxford, 1973. Ensayos de A.M.Honoré, J.M.Eekelaar, J.M.Finnis, A.W.B.Simpson, D.N.MacCormick, P.M.S.Hacker, H.L.A.Hart, R.M.Dworkin, G.Marshall, C.F.H.Tapper y J.Raz.
- SIMPSON, A.W.B.: "The Analysis of Legal Concepts". 80 Law Quarterly Review, p. 535-558.
- SINGER, M.G.: "Hart's Concept of Law". The Journal of Philosophy, vol. LX, nº 8, 1963, p.197-220.
- SMITH, M.B.E.: "Is there a Prima Facie Obligation to obey the Law?". Yale Law Journal, 1973, p. 82 y ss.
- SOLER, S.: "Fe en el Derecho y otros ensayos". T.E.A., Buenos Aires, 1956.
- "La interpretación de la ley". Ariel, Barcelona, 1962.
- "Las palabras de la ley". F.C.E., México, 1969.
- SOPER, E.Ph.: "Legal Theory and the Obligation of a Judge: the Hart/Dworkin dispute". Michigan Law Review, Enero, 1977, vol.75, nº 3, p.473-519.
- SPRANGENS, Th.A.: "The Politic of Motion: the World of Thomas Hobbes". Lexington, Kentucky y Londres, 1973.
- SQUELLA, A.: "Savigny y la Ciencia del Derecho". Revista de Ciencias Sociales, Universidad de Chile, Valparaíso, 1979, p.495-523.
- STEINER, H.: "Mack on Hart on natural rights: a comment". Philosophical Studies, 1977, p.321-322.
- STEPHEN, J.F.: "Liberty, Equality, Fraternity". Nueva York, Henry Holt, 1882.
- STERN, K.: "Mr.Hampshire and Professor Hart on Intention: a note". Mind, 1959, p. 98-99.
- STEVENSON, C.L.: "Ethics and Language". Yale Univ.Press, 1945. Hay trad. cast. de E.A.Rabossi, "Ética y Lenguaje", Paidós, Buenos Aires, 1971.
- STOCKER, M.: "Supererogation and Duties". En N.Rescher(ed.), "Studies in Moral Philosophy". Blackwell, Oxford, 1968.
- STONE, J.: "The Province and Function of Law". Harvard Univ.Press, 1946. 1ª ed., 1941.

-507-

STONE, J.(cont.): "Legal System and Lawyers Reasoning". Stevens & Sons, Londres, 1968.

STONE, R. : "Ratiocination not Rationalisation". Mind, LXXIV, octubre, 1965.

STRAUSS, L.: "The Political Philosophy of Hobbes. Its Basis and its Genesis". The Clarendon Press, Oxford, 1936. Reedición en Phoenix, The Univ. of Chicago Press, 1963.

"What is Political Philosophy?". The Free Press of Glencoe, Illinois, 1955.

SUMMERS, R.S.: "H.L.A. Hart on Justice". Journal of Philosophy, 59, 1962, p.497-500.

"Is and Ought in Legal Philosophy". 13 Philosophical Quarterly, 1963, p. 157 y ss.

"Professor H.L.A. Hart's Concept of Law". Duke Law Journal, 1963, p. 629-670.

"Professor Fuller on Morality and Law". 18 Journal Legal Education, I, 1966. Reimpreso en Summers(ed.) "More Essays...", cit., p. 101-113.

"The New Analytical Jurists". 41 New York University Law Review, 1966, p.861-896.

"Essays in Legal Philosophy". R.S.Summers(ed.), Basil Blackwell, Oxford, 1970

"More Essays in Legal Philosophy". Basil Blackwell, Oxford, 1971. Ensayos de H.L.A. Hart, H.Morris, M.P.Golding, R.S.Summers y R. Sartorius.

"Present state of legal theory in the United States". 5 Rechts - theorie, 1/1975, p.65-82.

"Naïve Instrumentalism and the Law". En Hacker-Raz(eds.) "Law, Morality and Society", cit., 1977, p.119-131.

TAMAYO Y SALMORAN, R. : "Los sistemas jurídicos y sus criterios de identidad". Boletín Mexicano de Derecho Comparado, año VII, nº 19, en.abril, 1974, p.179-204.

"Sobre el sistema jurídico y su creación". UNAM, México, 1976.

TAPPER, C.: "A Note on Principles". 34 Modern Law Review, 1971, p.628 y ss.

"Powers and Secondary Rules of Change". Simpson(ed.) cit., "Oxford Essays...", 1973, p.242-277.



TARELLO, G.: "Diritto, Enunciati, Usi". Il Mulino, Bologna, 1974.

"Herbert Hart e il concetto di diritto". En op.supra, p.101-121.

"Il diritto come ordinamento". Atti del X Congresso nazionale della società italiana di filosofia giuridica e politica (Bari, 1974), R. Orecchia (ed.), Giuffrè, Milán, 1976.

TARSKI, A.: "Der Wahrheitsbegriff in den formalisierten Sprachen". Studia philosophica, I, 1935.

TAYLOR, A.E.: "The Ethical Doctrine of Hobbes". Philosophy, 1938. Reimpresso en "Hobbes Studies", K.C. Brown (ed.), Oxford, 1965.

TAYLOR, E.H.: "H.L.A. Hart's Concept of Law in the perspective of American Legal Realism". 35 Modern Law Review, 1972.

TREVES, R.: "Tre concezioni e una proposta". Sociologia del Diritto, 1974/I, p.1-9.

TRUYOL Y SERRA, A.: "John Austin et la philosophie du droit". Archives de Philosophie du Droit, XV, p.151-163.

TWINING, W.L.: "Karl Llewellyn and the Realist Movement". Weindelfen and Nickolson, Londres, 1973.

"The Contemporary Significance of Bentham's Anarchical Fallacies". ARSP, Bd. LXI/3, 1975, p.325-355.

"Academic Law and Legal Philosophy: the Significance of Herbert Hart". 95 Law Quarterly Review, 1979, p.557 y ss.

TWINING, W.-MIERS, D.: "How to Do Things with Rules". Londres, 1976.

UREN, W.J.: "Criteria of Legal Positivism". ARSP, LV/2, 1969, p.183-231.

URMSON, J.O.: "Philosophical Analysis". Clarendon Press, Oxford, 1956. Hay trad. cast. de J.L.G<sup>a</sup> Molina, "El análisis filosófico", Ariel quincenal, Barcelona, 1978.

"Saints and Heroes". En Melden, A.I. (ed.), "Essays in Moral Philosophy", Washington Univ. Press, 1958.

"J.L. Austin". Journal of Philosophy, LXII, 19, p.499-508. Hay trad. cast. en J. Muguerza, "La concepción analítica...", cit., p.529-539.

VALLS, F.J.: "Bibliografía sobre Hobbes". Anales de la Cátedra Fco. Suárez, Departamento de Filosofía del Derecho, Univ. de Granada, n<sup>o</sup> 14, 1974.

- VARIOS : "Studi sull'obbligo giuridico". Rivista di Filosofia, vol. LVII, nº2, abril-junio 1966, Turín. Ensayos de H.L.A.Hart, G. R.Carrió, A.Passerin D'Entrèves, G.Gavazzi, P.M.Hacker, M.Kriele, G.Tarello y N.Bobbio.
- VARIOS : "Tavola rotonda sul positivismo giuridico". Quaderno Il Politico, Giuffrè, Milán, 1967.
- VARIOS : "Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto", año XLIV, serie III, junio-sept.1967, Milán, Giuffrè, 1967. Recoge las contribuciones italianas al congreso mundial de Filosofía del Derecho y Filosofía Social de 1967, sobre el tema general, "Ser y deber ser en la experiencia jurídica".
- VARIOS : "L'interpretation dans le Droit". Tomo XVII de Archives de Phil. du Droit, Sirey, Paris, 1972.
- VARIOS : "Essays on J.L. Austin". Clarendon Press, Oxford, 1973.
- VARIOS : "Le Langage du Droit". XIX Archives de Phil. du Droit, Sirey, Paris, 1974.
- VARIOS : "Derecho, Filosofía y Lenguaje. Homenaje a A.L.Gioja". Ed. Astrea, Buenos Aires, 1976.
- VARIOS : "Articles from 'Essays on Explanation and Understanding'". D.Reidel Publ.Co., Dordrecht, Holanda, 1976. Hay trad.cast.de Luis Vega, "Ensayos sobre explicación y comprensión", Alianza Ed. Madrid, 1980.
- VARIOS : "Jurisprudence Symposium". Georgia Law Review, vol.II, Sept., 1977, nº 5.
- VARIOS : "Thomas Hobbes et la société civile". C.V.P. nº 49, Droz, Paris, Diciembre, 1979.
- VILLEY, M. : "La Formation de la pensée juridique moderne". 9ª ed., Les éditions Montchretien, Paris, 1975.
- VINOGRADOFF, P. : "Common Sense in Law". Oxford Univ.Press, 1913. Hay trad.cast., "Introducción al Derecho", F.C.E., México, 1952.
- VISSER'T HOOFT, H.Ph.: "La philosophie du langage ordinaire et le droit". Archives de Phil. du Droit, tomo XVII, 1972, p.261-284.
- WADE, H.W.R.: "The Basis of Legal Sovereignty". Cambridge Law Journal, 1955.

- WAISMANN, F.: "Verifiability". Proceedings of the Aristotelian Society, suppl.vol. nº19, 1945. Ahora en A.N.G.Flew(ed.) "Logie and Language", Blackwell, Oxford, 1951, p.119 y ss.
- "How I see Philosophy". Contemporary British Philosophy, H.A.Lewis ed., Allen and Unwin, Londres, 1956. Hay trad.cast. en J. Muguerza, "La concepción analítica...", cit., p.491 y ss.
- WARAT, L.A.: "El Derecho y su Lenguaje". Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1976.
- WARRENDER, H.: "The Political Philosophy of Hobbes. His Theory of Obligation". Oxford Univ.Press, 1957.
- WARNOCK, G.J.: "English Philosophy since 1900". Oxford Univ.Press, 1966. 1ª ed. Home Univ. Library, 1958. 1969.
- WARNOCK, M.: "Ethics since 1900". Oxford Univ. Press, 1960. Hay trad. cast. de J.Muguerza, "Ética contemporánea", Labor, Barcelona, 1970.
- WASSERSTROM, R.A.: "The Judicial Decision". Stanford-Londres, 1961.
- "H.L.A. Hart and the Doctrines of Mens Rea and Criminal Responsibility". The Univ. of Chicago Law Review, vol.35, 1967, p. 92-126.
- "The Obligation to Obey the Law". En R.S.Summers(ed.), cit. "Essays in Legal Philosophy", 1970, p.274 y ss,
- WATKINS, J.W.N.: "Hobbes's System of Ideas". Londres, 1956.
- WEBER, M.: "Economía y Sociedad". F.C.E., México, 4ª reimpresión, 1979, de la 2ª ed.(1964). 1ª ed.or. "Wirtschaft und Gesellschaft Grundriss der Verstehenden Soziologie", 1922, J.C.B.Mohr(P.Siebeck), Tubinga.
- WHITE, A.R.(ed.): "The Philosophy of Action". Oxford Univ. Press, 1968. Hay trad.cast. "La Filosofía de la Acción", F.C.E., México, 1976.
- "H.L.A. Hart on Legal and Moral Obligation". Michigan Law Review, dic., 1974, p.443-458.
- "Austin as a Philosophical Analyst". ARSP, Bd.LXIV/3, 1978, p.379-397.
- WILSON, B.(ed.): "Rationality". Blackwell, Oxford, 1970.
- WILLIAMS, B.-MONTEFIORE, A.: "British Analytical Philosophy". Routledge & Kegan Paul, Londres, 1966.

- WILLIAMS, G.: "Language and the Law". The Law Quarterly Review, vol. 61 y 62, 1945-46.
- "International Law and the Controversy Concerning the Word 'Law'". 22 British Year Book of International Law, 1945.
- "The Controversy the word 'Law'". En "Philosophy, Politics and Society", 1st. series, Basil Blackwell, Oxford, 1975.
- WINCH, P. : "The Idea of a Social Science and its Relation to Philosophy". Routledge & Kegan Paul, Londres, 1958. Trad.cast. de M.Rosa Vigand, "Ciencia Social y Filosofía", Amorrortu ed., Buenos Aires, 1972.
- "Mr. Louch's Idea of a Social Science". Inquiry, nº 7, 1964.
- "Understanding a Primitive Society". En B.Wilson(ed.) "Rationality", cit., 1970, p.78-111.
- WINDELBAND, W.: "Geschichte und Naturwissenschaft". 1894. Incluido en "Präeludien. Aufsätze und Reden zur Einführung in die Philosophie", 1ª ed. 1884, 9ª ed., 2 vols. 1924. Hay trad.cast. de W.Roces, Buenos Aires, 1949.
- WISDOM, J. : "Philosophy, Metaphysics and Psycho-Analysis". En "Philosophy and Psycho-Analysis", Oxford, 1953. Hay trad.cast., "Filosofía, Metafísica y Psicoanálisis", J.Muguerza, "La concepción analítica...", cit., p. 420-454.
- "Gods". En "Philosophy and Psychoanalysis", 1953, Oxford, p.157 y ss.
- WITTGENSTEIN, L.: "Tractatus Logico-Philosophicus". Annalen der Naturphilosophie, 1921. Hay trad.cast. de E.Tierno Galván en Alianza Ed. Madrid, 1973. 1ª ed. en Rev. de Occidente, Madrid, 1957.
- "Philosophical Investigations". Trad. de G.E.M. Anscombe, Basil Blackwell, Oxford, 1953, 1978.
- "The Blue and Brown Books". Oxford, 1958. Hay trad.cast. de la 2ª ed. inglesa de F.Gracia, "Los cuadernos azul y marrón", Tecnos, Madrid, - 1968.
- WOOD, P.-PITCHER, G.: "Ryle. A Collection of Critical Essays". Nueva York, 1970.
- WOOLEY, A.D.: "The Existence of Rules". I Nous, 1967, p.63-79.
- WRIGHT, G.H.von: "Norm and Action. A Logical Enquiry". Routledge & Kegan Paul, Londres, 1963. Hay trad.cast. de P.Gª Ferrero, "Norma y Acción. Una investigación lógica". Tecnos, Madrid, 1970.

WRIGHT, G.H.von : "Explanation and Understanding". Ithaca, Nueva York, 1971. Hay trad.cast. de Luis Vega, "Explicación y Comprensión", Alianza ed., Madrid, 1981.

"Deontic Logic Revisted". Rechtstheorie, 1973.

WROBLEWSKI, J.: "Semantic Basis of the theory of legal interpretation". Logique et Analyse, nº21-24, dic.1963,p.397-416.

ZEMACH, E.: "Wittgenstein's Philosophy of the Mystical". The Review of Metaphysics, nº 18, sept., 1964.

ZULETA PUCEIRO, E.: "Paradigma Dogmático y Ciencia del Derecho". Ed. Rev. de Derecho Privado, Madrid, 1981.